الدكتور
فتحي الدريني

النظريات الفقهية

الطبعة الثانية

النظريات الفقهية

مفردات المنهاج المقرر وفق الخطة الجديدة :

١ – نظرية الحق والتعسف في استعماله .

٢ – نظرية الظروف الطارئه .

٣ – نظرية المسؤولية التقصيرية والعقدية .

٤ – نظرية العقد واثره .

٥ – الباعث في العقود .

٦ – قواعد الحكم في الاسلام .

النظريات الفقهية

مفردات المنهاج المقرر وفق الخطة الجديدة :

١ ـ نظرية الحق والتعسف في استعماله .

٢ ـ نظرية الظروف الطارئه .

٣ ـ نظرية المسؤولية التقصيرية والعقدية .

٤ ـ نظرية العقد واثره .

٥ ـ الباعث في العقود .

٦ ـ قواعد الحكم في الاسلام .

قواعــد الحكــم فــي الاســـلام

أ ـ ليســت السياســـة في التشريع الاسلامي امرا[1] عارضــا ألجأت الظـروف الى اتخاذه سبيلا لتدبير شئون المسلمين في مجتمعهم الجديد في (المدينة) بعد الهجرة ، وانما كانت استمرارا لما بدأ أولا في مكة قبل الهجرة ، ابان ظهور الدعوة ، يؤكد هذا بيعتــا العقبة ، الاولى والثانية[2] ، اذ كانت كل منهما عقدا تاريخيا حقيقيا بين الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ وبين وفود من المدينة ، قامــت على أساسه الدولة الاسلامية[3] ، وكانت الهجرة احدى النتائج التــي ترتبت عليهما[4] ، بأمر الله عز وجــل .

اذن لم يكن عقد البيعة ـ في الاسلام ـ وهميا ، على النحو الذى رأينا فــي فلسفة اصحاب نظرية : (العقد الاجتماعي) من مثل جــان جاك روسو ، وهوبز ، ولوك ، وبودان ، وغيرهم ، اذ لم يثبــت تاريخيا ان مثل هذا العقد المزعوم : قد وقع فعلا ، وكان اساســا لنشــوء الدولة في ازمانهــم .

واما بعد الهجرة فقد رأينا من مظاهر سيادة الدولة من الناحيــة

---

١) كانت هذه دعوى بعض الكاتبين المحدثين هو القاضي الشرعــي المصرى علي عبد الرزاق في كتابه الاسلام واصول الحكم = ص

٢) سيرة ابن هشام : ج ٢ ص ٤٠ وما يليهمــا .

٣) النظريات السياسية : ص ٢٠ الدكتور ضياء الدين الريس

٤) محاضرات في تاريخ الامم الاسلامية : ج ١ ص ٨٠ وما يليهــا . للاستاذ محمد الخضــرى .

قواعـــد الحكـــم فـــي الاســـــلام

أ ـ ليســت السياســـــة في التشريع الاسلامي امرا[1] عارضــــــا ألجأت الظــروف الى اتخاذه سبيلا لتدبير شئون المسلمين في مجتمعهم الجديد في (المدينة) بعد الهجرة ، وانما كانت استمرارا لما بدأ أولا في مكة قبل الهجرة ، ابان ظهور الدعوة ، يؤكد هذا بيعتــــا العقبة ، الاولى والثانية[2] ، اذ كانت كل منهما عقدا تاريخيا حقيقيا بين الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ وبين وفود من المدينة ، قامــت على أساسه الدولة الاسلامية[3] ، وكانت الهجرة احدى النتائج التـــي ترتبت عليهما[4] ، بأمر الله عز وجــل .

اذن لم يكن عقد البيعة ــ في الاسلام ــ وهميا ، على النحو الذى رأينا فـي فلسفة اصحاب نظرية : (العقد الاجتماعي) من مثل جـان جاك روسو ، وهوبز ، ولوك ، وبودان ، وغيرهم ، اذ لم يثبـــت تاريخيا ان مثل هذا العقد المزعوم : قد وقع فعلا ، وكان اساســـا لنشـوء الدولة في ازمانهــــم .

واما بعد الهجرة فقد رأينا من مظاهر سيادة الدولة من الناحيــة

---

١) كانت هذه دعوى بعض الكاتبين المحدثين هو القاضي الشرعـــي المصرى علي عبد الرزاق في كتابه الاسلام واصول الحكم = ص

٢) سيرة ابن هشام : جـ ٢ ص ٤٠ وما يليهمـــا .

٣) النظريات السياسية : ص ٢٠ الدكتور ضياء الدين الريس

٤) محاضرات في تاريخ الامم الاسلامية : جـ ١ ص ٨٠ وما يليهمــا . للاستاذ محمد الخضـــرى .

العملية ، ما يثبت قيام الدولة فعلا ، وليس أدل على ذلك من توافر عناصرها ، من المجتمع والتشريع ، والموطن ، والسلطة الحاكمة اذ لم يثبت ان كان لغير الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ سلطة على هذا المجتمع الجديد ، او تسيير شئون الحكم فيه .

وأيضا (الصحيفة) تعتبر اول دستور لهذه الدولة الناشئة . يؤكد ما قلنا اذن من ان السياسة لم تكن امرا عارضا بحكم الظروف الجديدة في المدينة بعد الهجرة ، كما زعم بعض المستشرقين ومن جاراهم من الكتاب العرب المحدثين ، وانما كانت استمرارا لما وقع قبلها ، وكانت الهجرة احدى نتائجه ، فالسياسة تقوم على آكد الاصول في الاسلام على ما بينا ، وما سيأتي تفصيله .

ولا يعكر على هذه الاصول ، ان الدولة الجديدة تستند اساسا الى عقيدة دينية ، وذات اهداف ومقاصد دينية ، لان النظر من هذا الوجه نظرة مبتسر لا يلغي الوجه الاخر الذى اكتملت فيه مظاهر سيادة الدولة باجلى معانيها ، اذ الاسلام يجمع بين شئون الدنيا والدين كما يجمع بين الاولى والاخرة .

نعم ظهرت الدعوة ـ في اول امرها ـ قائمة على اصول الكيان الاعتقادى ، والعبادى بمعناه الخاص ، والخلقي ، وهذه بمجموعها تمثل الاصل العام الذى تستند اليه سائر الكيانات التي تم ابتناؤها في المدينة بعد الهجرة ، كالكيان الاجتماعي والاقتصادى والسياسي وحين توافرت المقومات الاساسية للدولة ، من الارض ، والمجتمع ، والتشريع والسلطة الحاكمة ، فكانت هذه استمرارا متصلا لما بدئ اولا ، كما اسلفنا .

أول دستور للدولة الجديدة في المدينة (الصحيفة)[1]

هذا ، وقد وضع الرسول - صلى الله عليه وسلم - اثر هجرته الى المدينة ، اول دستور[2] للدولة الجديدة على نحو لم يكن معهودا في الفكر السياسي في ذلك العهد بعد أن توافرت عناصر الدولة من الاقليم ، والامة والتشريع والسلطة القائمة بتنفيذه .

على ان هذا الدستور بوجه عام - على الرغم من نسخ بعض احكامه العامة بالتشريع السياسي اللاحق - يعتبر بحق ميثاقا دوليا من حيث مفاهيمه العامة ، بما تصلح لاقامة علاقات دولية ، في عصرنا هذا ، لما يمتاز به من خصائص انسانية عامة ، وبما يقوم عليه ، من العدل المطلق والمساواة بين البشر في الاعتبار الانساني ، وتقرير المساواة بين الشعوب تأسيسا على وحدة الاصل ، وتحريم الاستعلاء بالعنصر ، وما استلزم هذا الاستعلاء من التوسع العدواني ، مما سيأتي تفصيل القول فيه .

---

١) راجع الوثائق السياسية : ص ١٠ للدكتور حميد الله .

٢) الدستور نقصد به القواعد الاساسية العامة التي يقوم عليها الحكم - وقد اطلق عليه (الصحيفة) - سيرة ابن هشام : ج٢ ص١٤٩
وراجع نصوص هذه الصحيفة محققة في كتاب الوثائق : ص٥ . حميد الله
- وقد نسخ بعض من قواعد الصحيفة ، كالارث بالمؤاخاة فاصبح بالقرابة والزوجية ، ومن مثل وجوب القتال على مواطني الدولة من اليهود فاصبح على المسلمين خاصة ، لما ثبت من مكرهم وعدم اخلاصهم للدولة
وكذا ، سلخ حق المواطنة عن العربي المشرك ، فاصبح لا يقبل منه - لاكتساب هذا الحق الا الاسلام .

ثم تتابع نزول التشريع السياسي بعد ذلك وحيا ، يرسي قواعد الحكم الصالح العادل ، ويحدد مقاصده الموضوعية[1] المجردة في المجتمع البشرى كله .

وجوب اقامة الدولة ، وجهاز الحكم فيها ، ثبت بالتشريع الاسلامي نفسه ، كتابا وسنة وبالاجماع وبالمعقول .

أ ـ وجوبها بالاجماع :

هذا ، وقد ثبت وجوب اقامة الدولة ، وتولية من يمثلها عملا بالاجماع ، فضلا عن الكتاب ، والسنة ، والمعقول .

يقول الامام الماوردي في هذا الصدد : " وعقدها[2] لمن يقوم بها في الامة واجب الاجماع[3] " وهو اجماع الصحابة والتابعين .

---

١) يقصد بالموضوعية ، المنزهة عن الغرض العنصرى ، او الهوى الاقليمي ، او المطمع الشخصي اى المجردة عن جميع المنازع والاهواء الخاصة قال تعالى " ولو اتبع الحق اهواءهم لفسدت السموات والارض " ولا ريب ان الانانية العنصرية او الاستئثار الاقليمي او المطمع الذاتي دون حق من اسباب استشراء الفساد في الارض واثارة الحروب المدمرة ، والاستعمار الظالم .
واساس الفساد في هذا هو العبث باستواء ميزان الحق والعدل المطلق الذى وضعه الاسلام .

٢) يعني عقد " الامامة" وهي الحكومة التي تقوم على اساس الشرع الاسلامي .

٣) الاحكام السلطانية ـ ص٥ ـ للماوردى .

واجماع الصحابة آكد الاجماعات على وجوب اقامة الدولة ، وأدارة الحكم فيها ، ولقد تقرر هذا تاريخيا في اجتماع السقيفة ، اذ لم يخالف احد الصحابة في أصل اقامتها وان اختلفوا في صفات الشخص الذى يستحق توليها ، وحين قال ابو بكر الصديق : " لابد لهذا الامر من قائم يقوم به ، فانظروا ، وهاتوا آرائكم (١) لم يخالف احد ، او ينكر عليه هذا القول ، فكان اجماعا ، ودليلا قاطعا على وجوب اقامتها .

ب — ادلة وجوبها بالكتاب والسنة :

١ — اما الكتاب فلقوله تعالى : " يا ايها الذين امنوا اطيعوا الله ، واطيعوا الرسول وأولي الامر منكم " وقوله تعالى : " ولتكن منكم امة ، يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر " .

ووجه الاستدلال بالاية الاولى ، ان أولي الامر ، هم اصحاب الشئون (٤) ولا شأن اعظم من الولاية العامة ، فكان من يتولاها اجدر بالطاعة ، فدل ذلك لزوما على توليته ، واما وجه الاستدلال بالاية الثانية ، فلأن الامر بالمعروف والنهي عن المنكر ، هو الشريعة كلها ، وتنفيذ الشريعة واجب ، فمن يتوقف عليه القيام على الشريعة بتنفيذ احكامها ، من المسلمين تجب اقامته بالنص الآمر ، كما تجب طاعته ، لانها طاعة الله في شرعه وهؤلاء هم أولو الامر ، ولان ما لا يتم الواجب الا به فهو واجب .

---

١) المواقف في شرح الجرجاني — جـ ٨ص ٣٤٦ وانظر الشهرستاني في كتابه نهاية الاقدام — ص ٤٧٩ — والنظريات السياسية — ص ٢٠ للدكتور الريس . هذا والقيام بمهمة الحكم فرض على الكفاية .

٤) لان لفظ الامر ، مفرد معرف بال الاستغراقية ، وهي تفيد العموم واذا كان الامر بمعنى الشأن فأولوا الامر هم اصحاب الشئون في الامة .

٢ـ وأما السنة ، فقد علمت ما كان من امر بيعتي العقبة ، قبل الهجرة ، والصحيفة بعد الهجرة .

وكذلك ورد من السنة القولية احاديث صحيحة تفيد بمجموعها وجوب اقامة الدولة ، ووجوب طاعة اولي الامر فيها ، فيما عدا الامر بالمعصية لقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ : " لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق " .

ج ـ واما وجوبها بالمعقول ، فلان الامة التي اوجب الكتاب العزيز قيام وحدتها ، بقوله تعالى : (واعتصموا بحبل الله جميعا ولا تفرقوا) وقوله سبحانه (وان هذه امتكم امة واحدة) كفرض من اعظم فرائض الدين ، لا يمكن تحقيق وحدتها هذه في مجتمع سياسي منظم واقعا وبما يستلزم ذلك من وجود سلطة قائمة على القوة والمنعة ، لحفظ كيان الامة وسيادتها في الداخل ، باستقامة امرها ، واستتباب الامن فيها ، واقامة العدل الشامل فيما بينها ، صونا للنفوس ، والاموال والاعراض ، وقطع دابر الفوضى والتنازع والتظالم وتعزيز تلك السيادة في الخارج ايضا ، على الصعيد الدولي ، بتحصين حدودها ، وسد ثغورها بالجند المرابط ، اقول لا يمكن تحقيق ذلك عملا : الا بالدولة.

وايضا ، الغرض من انزال الشريعة هو تحقيق مقاصدها في الخلق ولا يتم ذلك الا بتنفيذها ولا يمكن ان يتم الا بالدولة فكانت اقامتها واجبة لذلك ، بالبداهة .

ومما يؤكد هذا ايضا ، ان التشريع الاسلامي ، قد تضمن كثيرا من مظاهر سيادة الدولة على الصعيد الدولي ، من مثل قواعد الجهاد " الحرب " والسلم ، وابرام المعاهدات ، ومعاملة الاسرى وغير ذلك ، كما تضمن من مظاهر سيادتها في الداخل ، من مثل

اقامة الحدود ، والتعازير ، استئصالا لشأفة الجرائم ، وعملا على استتباب الامن العام ، ومن مثل قواعد نظام الاسرة ومبادئ الاقتصاد والمعاملات واقامة العدل الشامل وانشاء مرافق الدولة التي تعتبر فروضا كفائية عامة وفي مقدمتها مرفق القضاء وتنفيذ الاحكام وتطبيقها عملا ، امرا بالمعروف ونهيا عن المنكر اقول لا يمكن ان يتم تحقيق ذلك كله عقلا دون دولة قائمة ، بجهازها الحاكم .

ومن مقررات الشرع المحكمة التي تعتبر من اهم قواعد سياسة التشريع في الاسلام ، أن " ما لا يتم الواجب الا به ، فهو واجب " فكل ما لا تتم مصلحة الامة الا به فهو واجب تحقيقه واقعا وعملا .

وفي هذا المعنى يقول الامام الماوردى : " وبعض الفقهاء اوجبها عقلا ، لما في طباع العقلاء من التسليم لزعيم يمنعهم من التظالم ويفصل بينهم في التنازع والتخاصم ، ولولا الولاة ، لكانوا فوضى مهملين وهمجا مضاعين "(١) .

ولذا ، نرى ائمة الفقه السياسي الاسلامي ، من مثل الامام الجرجاني ينتهي به اجتهاده الى ان اقامة الدولة من اعظم مقاصد الدين ، اذ يقول : (نصب الامام من اتم مصالح المسلمين ، واعظم مقاصد الدين (٢) .

وكذلك يرى الامام الغزالي أن (السياسة) في الاسلام ، اصل من أشرف الاصول التي لا قوام للعالم الا بها ، على حد تعبير الامام الغزالي ، لانها تستهدف استصلاح البشر ، دون تمييز

---

١) الاحكام السلطانية : ص ٥ وما يليها _ للماوردى .
٢) شرح الجرجاني على المواقف : جـ ٨ ص ٣٤٦ .

تحقيقا لانسانية الانسان ، وعمارة الدنيا ، واقامتها على اساس من الحق والعدل المطلق ، والفضائل والوحدة الانسانية ، ومصلحتها العليا ، وما يستلزم ذلك من تحقيق (التكافل) الانساني الملزم في مجالات الحياة كلها عملا ، والتعاون المثمر على الصعيد الدولي بشتى الوسائل الممكنة ، على الرغم من اختلاف الدين ، كما اشرنا وهذا هو التواصل الحضاري ، بما يكفل اسباب الامن والاستقرار ، والتكافؤ ، ويصون حرية الاعتقاد ، في العالم كله لقوله تعالى : (لا اكراه في الدين ، قد تبين الرشد من الغي) ولقوله تعالى : (ولو شاء ربك لامن من في الارض كلهم جميعا ، أفأنت تكره الناس أن يكونوا مؤمنين) .

وبذلك قضى الاسلام على جميع أسباب الاضطراب العالمي ، من العنصرية ، ومبدأ مصلحة الاقوى ، وسياسة الامر الواقع وما يسوغ ذلك من التوسع العدواني ، والاستعمار الاقتصادى والسياسي للشعوب المستضعفة المقهورة في الارض ، أنانية وشعوبية واستعلاء عنصريا .

وهذا ما أشار اليه الامام الغزالي أيضا ، مؤكدا أن اقامة الدولة من ضروريات الشرع ، لتوقف استقامة نظام الدين ونظام الدنيا معا على وجودها بل وتوقف الظفر بسعادة الاخرة على قيامها ايضا ، حيث يقول : " فبان أن السلطان (الدولة وجهاز الحكم فيها) ضرورى في نظام الدنيا ضرورى في نظام الدين ، ونظام الدين ضرورى في الفوز بسعادة الاخرة ، وهو مقصود الانبياء قطعا ، فكان وجوب نصب الامام (١)

---

١) رئيس الدولة

من ضروريات الشرع الذى لا سبيل الى تركه ، فأعلم ذلك " (١) .

فالنتيجة المنطقية (٢) لمقدمات الامام الغزالي — كما ترى — أن نظام الدنيا — وهو الدولة وسلطاتها وجهاز الحكم فيها — اساس للدنيا والدين والسعادة الاخروية ، وفي هذا من رفع شأن الدولة وبيان ضرورتها القصوى في حياة الامة ، كفالة لاستمرار تبليغ التشريع وتطبيقه وتحقيق مقاصده ، ما لا يخفى .

ثم ينتهي الامام الغزالي الى ان اقامة الدولة مما انعقد على وجوبها اجماع الانبياء وهي مقصودهم قطعا .

وأكد الغزالي ضرورة الدولة للدين ، وان التلازم بينهما لا ينفك اذ لا يستقيم امر أى منهما دون الاخر ، فهما صنوان حيث يقول في موضوع آخر من مؤلفاته ما نصه : (لا يتم الدين الا بالدنيا ولذلك قيل : الدين والملك توأمان ، والدين اصل والسلطان — الدولة — حارس وما لااصل له فمهدوم ، وما لا حارس له فضائع (٣)

هذا النظر من قبل فلاسفة السياسة المسلمين ، ينطلق مما استقر في اذهانهم ، من تصور او مفهوم للدولة ، مستقى من مبادىء

---

١) الاقتصاد في الاعتقاد : ص ١٠٦ وانظر في هذا المعنى ايضا : العقائد النفسية بشرح التفتازاني ص ١٤٠ وما يليها — وابن خلدون — وفي مقدمته ص ١٤٩ وما يليها

٢) انظر في هذا التلازم بين الدين والدنيا ، في التشريع الاسلامي السياسي الذى أكد عليه الامام الماوردى ، كتابه (ادب الدين والدنيا — ص ١١٠ وما يليها .

٣) الفوضى دليل التخلف والبدائية والضعف وضياع الحق وانهيار العدل واستشراء الفساد والظلم وهذا ليس من المدنية والحضارة في شىء

الاسلام ومثاليته ، وهو تصور " حضارى " .

وبيان ذلك ، ان تعليلهم يشعر بأن وجوب اقامة الدولة لدفع الفوضى وتجنب تسافك الدماء والحيلولة دون التظالم والاعتداء على الاموال والاعراض ، ولاقامة عدل الشريعة المطلق ، بما قد منا من خصائص ومثل ، لاجرم ان هذا النظر ينطلق من مفهوم (حضارى انساني عام) قوامه العدل ، والحق والمساواة والفضيلة والنظام والمصلحة الانسانية العليا ، كما بينا .

على ان هذا النظر يفسر لنا ايضا ظاهرة اهتمام فلاسفة السياسة في الاسلام بشخصية رئيس الدولة التي احتلت مكانا بارزا في بحوثهم لان الشخصية المعنوية للدولة وخصائصها ، تتمثل واقعا وعملا في شخصية رئيسها الاعلى وجهاز الحكم فيها من وزرائه وموظفيه الذين ينبغي ان يراعي في توليهم كفاءات تتعلق بطبيعة وظائفهم وعلى ارفع مستوى ، يتفق وطبيعة المناصب الرفيعة الحسابية التي يتقلدونها في الدولة .

شخصية الانسان الفرد الخاصة والعامة لا يمكن تحقيقها الا في ظل الدولة :

هذا ومما يؤكد وجوبها ان شخصية الانسان الفرد ، الخاصة والعامة ، لا يتمكن من تحقيقها عقلا وواقعا على اكمل الوجوه فيما يقوم به من نشاط حيوى روحيا واجتماعيا وسياسيا واقتصاديا وعلميا الا في ظل دولة فثبت ان قيام الدولة ضرورى لتحقيق المصلحة العامة للمجتمع وتحقيق المطالح الفردية على السواء .

ولعل هذا هو السر في تمجيد الاسلام للدولة تمجيداً لم نره فيما بين ايدينا من مصادر الفقه السياسي الوضعي اوعلى النحو الذى قرره فلاسفة السياسة في الاسلام ، من مثل الامام ابن تيمية بقوله : " فالواجب اتخاذ الامارة دينا وقربة يتقرب بها الى الله (١) " .

تمجيد فلاسفة السياسة في الاسلام للدولة مشتق من عظم المهمات والوظائف المنوطه بها

ويبدو تمجيد فلاسفة السياسة المسلمين للدولة ، من انهم اعتبروا رئيسها الاعلى قائما مقام " النبوة " في حراسة الدين وسياسة الدنيا فهذا الامام الماوردى مثلا يؤكد هذا المعنى بقوله وهو بصدد تعريفه للدولة او الحكومة التي تمثلها ، وتتولى مقاليد الحكم بأنها : (موضوعة لخلافة النبوة ، في حراسة الدين ، وسياسة الدنيا)(٢) .

ولهذا ، يشترط فيمن يتبوأ منصب الرئاسة ـ في نظر الامام الغزالي ـ ان يدرك طبيعة الولاية العامة ، وقدرها ، وخطرها ، أى ان يتفهم تبعاتها ووظائفها وأعباءها الجسام (٣) .

ولعل هذه الاعباء الجسام من السياسية والاجتماعية والاقتصادية والامنية التي القى بها الاسلام على عاتق الرئيس الاعلى وموظفيه تربو على المهام الدينية ، مما يجعل منه حاكما سياسيا في المقام الاول في شرع الاسلام ، نجد هذا واضحا فيما يقرر الامام الماوردى من مقومات الدولة الاساسية التي يجب تحقيقها ، وتتلخص فيما يلي :

---

١) السياسة الشرعية ص ٧٢ ، ابن تيمية .
٢) الاحكام السلطانية : ص ٥ ـ للماوردى .
٣) التبر المسبوك : ص ٢٠ ـ للامام الغزالي .

أ ـ دين متبع : (أي لا ابتداع فيه ولا انحراف عن مقاصده ، او تهاون في اقامته وتنفيذ ، احكامه) .

ب ـ سلطان قاهر : (أي سلطة وقوة ومنعة ، تحفظ الامن داخلا وتحمي الحدود من اى عدوان ولا سيما من الجو او من الثغور) وهذا يتمثل في الشرطة والجيش ، وما يتبعهما من اجهزة .

ج ـ عدل شامل : (بتنفيذ الشريعة والتشريع الاجتهادى لما تحتاجه الامة من تبين الاحكام الشرعية فيما لا نص فيه ـ واقامة مرفق القضاء ـ والحسبة وولاية المظالم) .

د ـ امن عام : (باستئصال شأفة الجرائم ، ومطاردة المجرمين وقطاع الطرق وتحقيق التكافل عملا وحسبة في الامر بالمعروف والنهي عن المنكر ، بقدر الطاقة واقامة الحدود ، والتعازير) . وهي العقوبات التي استنبطت اجتهاداً فضلاً عن العقوبات المنصوصة .

هـ ـ خصب دائم : (أى العمل على استثمار الارض ، والمال بما يحققه على أكمل وجه وباستمرار ، وذلك انما يتم باتباع احدث الطرق العملية في هذا الاستثمار توفيرا للحاجات الاساسية للامة والدولة .

و ـ أمل فسيح (1) : (عدم الجنوح الى التشاؤم ، او اليأس فالثقة بالله تعالى يجب ان تكون متوافرة مع العمل الدائم) .

وهذه العناصر الاجمالية ، وعظمها امور تتعلق بمظاهر سيادة

---

(1) ادب الدين والدنيا ص١١٦ ـ ١١٧ للماوردى .

الدولة ، كما ترى ، من تنفيذ التشريع القائم ، وتطبيق احكامه وبما يستلزم من الاجتهاد التشريعي في كل مالم يرد فيه نص ، وفاء لحاجة المجتمع المتزايدة ، من النظم واللوائح والاجراءات مما تقتضيه مبادئ هذا التشريع واصوله العامة ، وهو ما يفيده قول الامام الماوردى (دين متبع) .

هذا وهيمنة التشريع على الحاكم والمحكوم بينة ، وهو اهم مظهر من مظاهر السيادة .

وأيضا ، يتعلق بتلك العناصر ، اقامة العدل الشامل في جميع مجالات الحياة : الاجتماعية والاقتصادية والادارية والسياسية ، وامام القضاء .

وهذا ما يفيده قوله (عدل شامل)

أ ـ اما العدل الاجتماعي : فذلك ما يستحقه كل فرد في الدولة من تأمين كفايته ، في الغذاء والكساء ، والسكن والمستوى الصحي سواء اكان اجر عمله لا يكفيه ، ام كان عاجزا او فقيرا او شيخا هرما او طفلا يتيما . من اموال الزكاة وغيرها وهذا ضرب من التكافل الاجتماعي الذى شرعه الاسلام ركنا اساسيا من أركان الدين الخمسة يتصل بالعقيدة ، وهو من صميم العدل الاجتماعي ، فانظر كيف اتصل العدل بالعقيدة نفسها .

ب ـ واما العدل الاقتصادى : فبتحريم الربا ، والاستغلال بجميع صوره ولا سيما عن طريق الاحتكار ، او الاضطرار ، او عدم الخبرة ، او الاضرار بالصالح العام ، وكذلك تحريم القمار والرشوة والغش وسائر طرق الكسب غير المشروعة . ومن العدل الاقتصادى

اقرار حق الملكية بمفهومها الاجتماعي ، بما يمنع التعسف فيه على النحو الذى بسطناه ، سواء أكان اثر التعسف لاحقا بالفرد ام المجتمع ، وكذلك اباحة التملك ، اداء للوظيفة الاجتماعية للحق وفي اطار الصالح العام .

وأيضا ، اتاحة الفرص المتكافئة للنشاط الاقتصادي الفردى ، او المبادرة الفردية ، مع مراعاة حق الغير .

ج ـ وأما العدل الادارى ، والسياسي ، فاساسه تولية الاكفاء في الوظائف العامة ، وتقديم الاكفأ على الكفء ، دون محاباة ، لقرابة او صداقة او موافقة في بلد ، أو لاى سبب لا يتصل بالكفاءة ، لقوله صلي الله عليه وسلم ـ (من ولى رجلا ، وهو يرى أن غيره خير منه فقد خان الله ورسوله) . وقوله تعالى : " ان خير من استأجرت القوى الامين "

وهذا مبدأ وضع الرجل المناسب ، في المكان المناسب .

ـ وكذلك التفاضل في العطاء والرواتب على اساس التفاوت في الكفاءات ، عدلا في الجزاء على قدر العمل ، جودة وكفاءة ، عملا بقوله تعالى : " وان ليس للانسان الا ما سعى " وقوله تعالى : " ولكل درجات مما عملوا " وقوله تعالى : " ولا تبخسوا الناس اشياءهم "

هذا ويرى الامام " الطوسي " وجوب التحرى عن الشخصيات ذوى الكفاءات ، للوقوف على مدى نزاهتهم ، اذا ما اريد تعيينهم في الوظائف الحساسة في الدولة ، كيلا تتخذ هذه المناصب الهامة وسيلة لاستغلال النفوذ ، او كسب المنافع الشخصية ، فيضر بكيان الدولة ومصالحها العليا ، ايما ضرر ، لخطورة المنصب ، فاشترط كما يلي :

١- ان يكون ذا كفاءة تتعلق بالمنصب العام الذى يتقلده .

٢- ان يكون نزيها مترفعا عن استغلال المنصب لمنافع مادية تعود على شخصه .

٣- الا يجمع بين وظيفتين .

٤- الا يجعل لعلاقات الصداقة تأثيرا على اعمال السياسة العامة .

٥- ان يبتعد عن كل ما من شأنه الاضرار بمصلحة الحكم .

٦- يحذر من تدخل نساء موظفي الدولة ذوى المناصب العالية في شئون الحكم (١) .

هذا وحق الشورى للافراد الاكفاء ، حق سياسي ثابت شرعا ، تمكينا لهم من المشاركة السياسية عملا ، تحقيقا لمواهبهم وملكاتهم لما يتعلق بذلك من اجتناء الامة لثمرات جهود ابنائهم ولان حرمانهم منها ، ظلم لها واضرار بها ، وهذا لا يجوز بالاجماع ، ولان الصالح العام هو اساس مشروعية الولاية العامة ، للقاعدة العامة : " التصرف على الرعية منوط بالمصلحة "

د - واما العدل : أمام القضاء ، فذلك مما لا يفتقر الى بيان فالناس جميعا أمام شرع الله سواء ، دون تمييز في الفقر او الغنى ، او الثراء ، او المنصب ، او العائلة ، او الطبقة ، فيجب تطبيق حكم الله تعالى باطلاق ، تأدية لامانة الحكم وحق الله ، والاصل في ذلك قوله تعالى : (ان الله يأمركم ، ان تؤدوا الامانات الى اهلها ، واذا حكمتم بين الناس ، ان تحكموا بالعدل) .

---

١) المجلد التاسع - العدد الثاني - من تراث الانسانية .

ومن ابرزها اعطاء كل ذى حق حقه ، وصيانة النفوس ، والاعراض والاموال ، ولقوله سبحانه : (يا ايها الذين امنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ، ولو على انفسكم ، او الوالدين ، او الاقربين ، ان يكن غنيا او فقيرا ، فالله اولى بهما ، فلا تتبعوا الهوى ، ان تعدلوا وان تلووا او تعرضوا ، فان الله كان بما تعملون خبيرا) .

ولقوله — صلى الله عليه وسلم — (ولو ان فاطمة بنت محمد سرقت لقطع محمد يدها) وأبوها رسول مصطفى ، والرئيس الاعلى للدولة وهذا ما يفيده قول الامام الماوردى من وصف العدل بالشمول ، كما اشرنا .

وكل ذلك مقرر في هذا التشريع العظيم .

وهذه هي المساواة امام الشرع ، والمساواة الاجتماعية والاقتصادية والسياسية ، وأما التفاضل فانما يكون ، بالعمل الصالح ، ومبلغ جودته واثره ، وبالتفاوت في الكفاءات ، وبالعلم ، وبالتضحيات في الجهاد ولا يسمح المقام — لبيان الادلة .

ومما يتصل بتلك العناصر الاجمالية ، اعداد القوة اللازمة لتعزيز سيادة الدولة داخلا وخارجا .

وأما داخلا ، فلتحقيق استتباب الامن ، والنظام وتنفيذ التشريع .

وأما خارجا ، فذلك يتم باعداد الجيش عدة وكفاءة قتالية ، على مستوى كل عصر ارهابا للعدو ، وصيانة لحدود الدولة ، وسد ثغورها بالقوة الضاربة ، والجند المرابط ، دفعا لاى عدوان مفاجىء ،

(واعدوا لهم ما استطعتم من قوة) . (خذوا حذركم)

وأما الخصب الدائم الذى نوه به الامام الماوردى فهو اتخاذ

الاسباب الملائمة والناجعة للاستثمار والانتاج ، على أتم وجه وأوفره ، تحقيقا للرخاء الإقتصادى ، واذا كان هذا لا يتحقق الا باتخاذ احدث الطرق العلمية ، فيجب المصير اليها لتعلق مصلحة الامة بها ومعلوم ان ما لاتتحقق المصلحة العامة الا به ، فهو واجب فيغدو العكوف على الطرق القديمة البالية في الاستثمار والانتاج محرما شرعا • لا ضراره بالصالح العام وهو سبب التخلف والضعف فتبين لك ان هذه العناصر الاجمالية هي من مظاهر سيادة الدولة داخلا وخارجا •

الدولة — في الاسلام — منشئوها التشريع الاسلامي نفسه ، كتابا وسنة — كما رأيت كما وجبت اقامتها بالدلالة العقلية ، استلزاما اقتضائيا ، لمبادئه ومقاصده ، وكذلك جهازها الحاكم ، اداء لحق الله تعالى ، فتمثلت سيادة الدولة او حق الامر في هذا التشريع :

التشريع السياسي ، الاسلامي هو الذى أوجب اقامة الدولة وجهازها الحاكم ، فرضا كفائيا (1) وأوجب اختيار هذا الجهاز بالشورى ، كما بينا •

وعلى هذا ، فان الدولة — في نظر الاسلام — منذ انشائها تتعلق سيادتها بسيادة التشريع الاسلامي نفسه ، اذ هو المهيمن عليها وعلى المحكومين ، على السواء ، اذ هو الذى قرر الحقوق لكل منهما ، فقد اعطى للدولة حق الطاعة على الرعية كما اعطى الرعية حقها على الدولة في تنفيذ شرع الله فيها ، فالتشريع

---

١) المراجع السابقة •

اذن هو مصدر الحق لكل منهما — كما ترى ، وهو المهيمن علــــى تصرفاتهما .

فالمبدأ العام في النظام السياسي الإسلامي ان حق التشريـــع لله تعالى وحده " ان الحكم الا لله" وهو مصدر الحقوق لكل مـــن الدولة والمجتمع والافراد على السواء .

فالدولة اذن ليست مصدرا للتشريع على النحو الذى يرى فـــي الدولة غير الاسلامية التي تحدد نظمها وقوانينها بارادتها الذاتية بل الدولة في الاسلام ، محكومة بالتشريع الذى اقامهـــا .

ويتفرع عن هذا ، ان الاسلام يسوى بين الحاكم والمحكوم فـــي الحق ، لان كليهما يتلقى الحق من الله تعالى ، فالفرد عبد للـــه لا للدولة ، وكلاهما يتوجه الخطاب الالهي اليه ، وعليهما تنفيـــذه تكافلا ومن هنا تنشأ المسئولية المتبادلة بينهما ، فكل منهما راع ، ومسئول .

على ان الدعوة الاسلامية نفسها ، تستلزم الدولة ، اساســـا لتطبيقها ، وحمايتها وتبليغهـا ، وازالة للعقبات التي تعتـــرض سبيل هذا التبليـــغ .

الحكومـــة — في نظر الاسلام — خاضعة للنقد النزيه والتوجيـــه والتقويم ورئيسها فرد عادى ، ليس له من الامر شيء ، الا القيـــام بمهام التنفيذ ، واقامة العدل الكامل ، وحفظ الامن ، ورعاية الصالح العام والمصالح الفردية على السواء ، وهو مسئول امام الامة ، صاحبـــة المصلحة الحقيقية ، بحكم كونه نائبا عنها ، في القيام على وظائـــف

الدولة ، ومهامها الجسام ، فضلا عن مسئولية أمام الله تعالى .

ليست الحكومة — في نظر الاسلام — حكومة (ثيوقراطية) كما يظن خطأ او ادعاء ، أى حكومة الهية معصومة ، قد انحدر اليها الحق الالهي المقدس المزعوم ، او التفويض الالهي الذى يجعل منها حكومة مطلقة المشيئة تتصرف في الحكم كيف تشاء ، لعصمتها وانعدام مسئوليتها الا امام الله وحده ، ومن دون الناس ، كل هذا ليس له أصل في الاسلام ، كما رأيت .

نعم : التشريع الهي ، ولكن جهاز الحكم ، ليس الهيا ، بل هو منتخب عن طريق الشورى ، او عقد البيعة العامة الذى يوجب التزامات على كل من الحاكم والمحكوم ، طرفي العقد ، وكل منهما معرض للخطأ والصواب فيجب التناصح ، والتوجيه ، لقوله تعالى : (وتواصوا بالحق ، وتواصوا بالصبر) ولقوله تعالى : (المؤمنون والمؤمنات بعضهم اولياء بعض ، يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر) ، ولقوله صلى الله عليه وسلم : (الدين النصيحة ، قالوا لمن يا رسول الله ، قال : لله ، ولرسوله ولائمة المسلمين وعامتهم) .

فالحكومة — في نظر الاسلام — حكومة مدنية عادية غير انها محكومة بشرع الله ، كما اسلفنا ، وخاضعة في تنصيبها وتوليتها الحكم ، وفي تصرفها ، وتدبيرها السياسي في الامة ، لتوجيه الصفوة المختارة ، واهل التخصص ، والكفاءات العلمية المتنوعة واولي الرأى او الخبرة والبصر بشئون الحياة ، وهم من يطلق عليهم ، أهل الاختيار ، او اولو الامر[1]

---

(١) الاحكام السلطانية : ص٥ وما يليها — للماوردى .

اوأهل الحل والعقد[1] الذ ين يمثلون العامة ، ومنهم الفقهاء المجتهدون ، المتخصصون في التشريع وبالاجتهاد بالرأى .

على ان هذا الحق الالهي المقدس ، او التفويض الالهي المزعوم مجرد فكرة ابتدعها الفقه السياسي الاجنبي ، والفرنسي بالذات في صدد بحثه نظرية (السيادة) لتبرير الحكم الاستبدادى ، او تصرفات (الحاكم المطلق) ابان الصراع الذى كان محتدما بين الملك والاباطرة والبابوات — كما هو معلوم .

والاسلام خلو من هذه المشكلة اصلا ، اذ لا يقر اساسا للحكم الا العدل المطلق الشامل ، كما رأيت .

ولهذا ، كان الحاكم والمحكوم في هذا التشريع على السواء كما بينا .

على ان الاسلام هو التشريع الوحيد الذى منح الفرد وجودا دوليا فضلا عن مشاركة السياسية داخلا بوجوده الذاتي لقوله — صلى الله عليه وسلم — : (ذمة المسلمين واحدة ، ويسعى بذمتهم أدناهم)[2] على ما سيأتي تفصيله .

---

١) لقوله تعالى : (واطيعوا الله ، واطيعوا الرسول ، واولي الامر منكم والامر بمعنى الشأن ، وهو مفرد مضاف فيعم ، أى أولي الشئون وهم المتخصصون في السياسة والاقتصاد والاجتماع العسكرى واصحاب الخبرة في الزراعة والصناعة والتجارة ، واصحاب النفوذ في الامة وهم من تتألف منهم الحكومة ، وأهل الحل والعقد في الامة

٢) متفق عليه .

الدولة — في نظر الاسلام — وان كان منشئوها التشريع السياسي الاسلامي نفسه ويسودها حكمه ، غير انها ذات سلطة في التشريع الاجتهادي من أهله ، ولكن بمفهوم يختلف عن مفهوم التشريع الوضعي

التشريع في الاسلام حق لله وحده ، فان كان نصا قاطعا تعين العمل بمدلوله ، دون تبديل ، أو تأويل يخرجه عن معناه الواضح المتعين فهمه من نصه القاطع .

هذا ، ومايرمى اليه النص القاطع من مصلحة تكون هي المصلحة الحقيقية المعتبرة شرعا ، ولا يشرع الاسلام من الاحكام والمصالح ما يتنافى ومقتضيات العقل الانساني العام . ولان هذا النص القاطع يمثل ارادة المشرع الحقيقية ، لوضوحها ، دون لبس ولا ابهام ، ولا احتمال ، فكانت المصلحة مقيدة بهذا النص لانه شرع طريقا اليها ، والدولة لاتملك تغيير التشريع أو تبديله ولا سلطة لها فيه ، وكل تعارض مصلحة النص القاطع ، غير مشروعة ، وليست مصلحة حقيقية عند التحقيق ، بل موهومة ، لما قلنا من أن العقل لايناقض التشريع .

وان كان النص محتملا ، لاكثر من معنى وليس قاطعا في معنى معين فللدولة ان تختار أحد البدائل ، بما يتفق والمصلحة العامة ، وما تختاره الدولة يصبح شرعا لازما يصاغ في تنظيم آمر ، ولا يجوز المصير الى غيره ، منعا للفوضى ، وهذا من حق الدولة التي هي أدرى بالصالح العام ولكن بعد العمل بمبدأ الشورى التشريعية التي تعني

تبادل الرأى من أهل الاختصاص ، وتقليب وجهات النظر في موضوع الحكم المجتهد فيه ، وترجيح احداها بمرجحات معتبرة من الشرع وأهل الخبرة والاختصاص فيما يتعلق به هذا الحكم من شأن ، او عن طريق " الاجماع " اذا انعقد على حكم يتعلق بالواقعة المعروضة

وقد يتبين الحكم في الوقائع عن طريق القياس الاصولي ، اذا ورد نص في نظائرها ، واشتملت على علة متحدة .

حتى اذا لم يكن ثمة نص خاص بالواقعة او الوقائع او قياس أو اجماع ففي تحكيم المبادىء العامة او مقاصد التشريع ، فتجعل المصلحة المرسلة اساسا للحكم بشرط الا تخرج عن تلك المقاصد والمبادىء وان لم يرد نص خاص ، او اجماع او نظير تقاس عليه .

ومن العمل بالمصالح المرسلة (١) سد الذرائع والاستحسان (٢)

---

١) المصلحة المرسلة وان لم يشهد لها دليل خاص من الشرع باعتبارها او الغائها ولكن ينبغي ان يشهد لها اصل عام بالاعتبار ، كيلا تكون غريبة عن الشرع .

ـ والمقاصد الاساسية في الشرع خمسة : الدين ، النفس ، والعقل والنسل ، والمال .

٢) الاستحسان استثناء الواقعة من حكم نظائرها بوجه اقوى يقتضي هذا العدول والاستثناء تحقيقا للمصلحة والعدل ، وهو انما يكون مقتضى لظروف ملابسة للواقعة تقتضي هذا العدول .

والعرف المعتبر و(٢) اذن ، كافة ما يصدر عن الدولة من تشريع اجتهادى يتعلق بالنظم التي تفتقر اليها المرافق العامة ، أو المصلحة العامة ، ينبغي ان تكون محمولة على مقاصد التشريع الخمسة غير مخالفة أو مناقضة لها

فالمصالح المرسلة اذن يجب ان يشهد لها اصل عام ، كيلا تكون غريبة عن الشرع ،

وفي هذا المجال واسع للتشريع الاجتهادى الذى يجب ان تنهض به الدولة عن طريق المجتهدين ، واهل الخبرة العلمية التي تتعلق بموضوع الحكم الشرعي الذى يراد استنباطه ، فالتشريع المبتدأ يرفضه الاسلام ، لانه افتئات على حق الله ، ولا تجب طاعته ،

اما مفهوم التشريع الوضعي فهو انشاء القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الناس بعضهم قبل بعض ، او قبل الدولة ، بالارادة الانسانية المتغيرة .،

والتشريع الاجتهادى ، هو الفقه ، وهو داخل في السلطة التشريعية للدولة بهذا المعنى الذى بيناه ، والتشريع الاجتهادى الجماعي من اهله الذى ينهض به الفقهاء وارباب الاختصاص اقرب الى الصواب والعدل من الفردى غالبا (وهو الاجماع)

---

١) والعرف المعتبر هو ما يكون في حقيقته قائما على مصلحة فتوزن حينئذ بميزان المصالح المعتبرة حتى اذا وافقتها كان العرف معتبرا حينئذ ، لا لذاته ، بل لما يستند اليه من مصلحة ،

الفقه السياسي الاسلامي فضلا عن كونه مظهرا للاجتهاد التشريعي من اهله منبثقا اساسا عن مبادىء الاسلام واصوله العامة ، اللفظية والمعنوية ، ومقاصده الاساسية ـ وهذه كلها اصول نظرية ، ومفاهيم ذهنية مجردة ـ اقول هذا الفقه السياسي ، فضلاعن كونه كذلك قد انضجته التجربة السياسية الواقعية التي عاناها معظم فقهائه المجتهدين بحكم مناصبهم السياسية .

من آثار (واقعية) التشريع السياسي الاسلامي ، انك تراه قد انعكس على الفقه الاجتهادى في التدبير السياسي عملا فكان هذا الفقه الذى صدر عنه ائمة فقهاء السياسة ، من امثال : الماوردى ـ والغزالي ـ والطوسي ـ وابن ابي الربيع ـ وغيرهم صدى وأثرا لتلك الواقعية ، او القابلية للتطبيق ، هذا شيء ، وشيء آخر ، هو أن هذا الفقه على الرغم من كونه مستخلصا من مبادىء نظرية مجردة ، قد ساعدت على انضاجه التجربة السياسية التي عاناها هؤلاء الائمة بحكم مناصبهم فقد كانوا رجال دولة من الطراز الاول .

اما الامام الماوردى ، فقد كان وزيرا لدى الخليفة القادر بالله العباسي ، واثناء ذلك الف كتابه المعروف (قوانين الوزارة والملك) فضلا عن كتابه الاحكام السلطانية .

واما الطوسي ، فكان وزيرا لدى (السلاجقة) وكان له قوة الاثر في الحكم بفضل علمه الواسع وتجربته السياسية ـ ما جعله هو (الحاكم)

الفعلي في تلك الدولة ، فاكتسب بذلك تجربة وحنكة سياسية ، فضلا عن غزارة علمه ، مما كان له اثر في فقهه السياسي .

وكذلك الامام الغزالي ، والعلامة ابن خلدون ، وابن تيمية كما هو معلوم ، فكانت هذه (المشاركة السياسية) سببا في اثراء فقههم ، وبخوضهم النظرية ، بالخبرة السياسية العملية .

وأما الفلاسفة السياسين من غير المسلمين ، من مثل افلاطون وتلميذه ارسطو ، من اليونان ، وكذلك فلاسفة السياسة من الانكليز من مثل ، هوبز ، ولوك ، ومن الفرنسيين من مثل جان جاك روسو فلم تكن لاى منهم تجربة سياسية واقعية ، لذا ، جاءت فلسفتهم تجريدية محضة ، كفلسفة افلاطون ، اذ لم يكتب لها التطبيق ،لبعدها عن الواقع المعاش ، وتحليقها في افق من الوهم والخيال احيانا ،مما ساق الى اعتقاد أن رئيس الدولة ينبغي ان يكون " فيلسوفا " فضلا عن تقريره قواعد غير انسانية ، لقيامها على التمييز العنصرى ،والرق ، وكفلسفة جان جاك روسو في نظرية (العقد الاجتماعي) الافتراضي الموهوم ، كما أسلفنا .

ونضرب لذلك مثلا لواقعية الفقه السياسي الاسلامي ، ان فقهاء المسلمين ، يشترطون في (رئيس الدولة) شروطا عدة مشتقة من طبيعة وظائف الدولة التي حددها هذا التشريع ، لاستحقاق الرئاسة ولم يشترطوا الفلسفة ، لانها تخيل انساني محض ، ومن تلك الشروط العلمية ، الكفاية ، والخصائص الجسمية ، والخلقية ، والنفسية ، والمعنوية التي يقتضيها النهوض بممارسة الحكم ، كالقدرة على قيادة الجيوش ، والجرأة والشجاعة والاقدام ، ثم القدرة على معاناة السياسة وكذلك العلم بأحكام الشريعة وفقهها وضرورة بلوغ مستوى الاجتهاد فيها

عند فريق من الفقهاء ، فضلا عن النزاهة والعدالة والاستقامة ، وغير ذلك من الشروط التي تعتبر في جملتها عناصر وكفاءات على أرفع مستوى ، تستلزمها ، ممارسة السياسة وتدبير شئون الحكم عملا ، ولا نعتقد ان (الفيلسوف) بوسعه ان ينهض بأعباء الحكم الاسلامي ، ومهام رئاسة الدولة فيه على النحو الذى بينا .

فتلخص أن التشريع السياسي الاسلامي ، قد استمد خصائصه من اصوله العامة ، ومقاصده ، وقيمه العليا ، لا تجده يستعصي على التطبيق واقعا ، أو يحول دون الفكر السياسي المتفهم لهذا التشريع ، أن ينزل بتلك المفاهيم المجردة ، على يد المجتهدين ، الى الواقع ليحكم عليه ، او يرسم المناهج العملية ليصوغ هذا الواقع من جديد على ضوء تلك المفاهيم بعد تحليله ودراسته ، بفضل ما أوتي هذا التشريع من معايير يمكن ان تصير القيم واقعا ، والمفهوم الذهني العام المجرد وضعا قائما ، وابين دليل على هذا فقه هؤلاء الائمة ذوى التجارب والخبرات السياسية التي اغنوا بها فقههم كما نرى فيما بين ايدينا من مصنفاتهم القيمة ، اذ كان احدهم عالما فقيها مجتهدا لا يشق له غبار ، ورجل دولة من الطراز الاول .

ولا أدل على صلاحية المبدأ من قابليته التطبيق وعظيم اثره .

أما قواعد الحكم الاساسية في الاسلام ، فهي مستقاة من الصحيفة ، ومن التشريع السياسي العام ، فنلخصها فيما يلي :

اولا — الوحدة السياسية بين مواطني الدولة الاسلامية الناشئة ، على الرغم من اختلاف شعوبهم وقبائلهم ، ومعتقدهم اما المواطنون المسلمون في هذه الدولة ، فأساس وحدتهم (ايمانهم)

بهذا الدين الجديد ، عقيدة وتشريعا ، بديلا عن الوثنية ، والعصبية القبليـــة[1] .

ثانيا — حق المواطنة كان رهنا بمجرد (الولاء) لهذه الدولة الجديدة ، بدليل أن هذا الدستور (الصحيفة) قد منح (اليهود) وغيرهم هذا الحق ، تحت لواء الدولة الاسلامية في حق الانضواء تحت

---

١) كان ينضوى تحت حكم هذه الدولة ، اليهود ، والمشركون مـــن العرب بادىء الامر ثم نسخ حق المواطنة بالنسبة لمشركـــــي العرب فيما بعد ، ولم يعد لهم خيرة في استمرارهم على اعتناق الوثنية ، صونا للكرامة الانسانية من التردى الى هذا الحضيض — هذا ، وقد كان الجهاد مفروضا على اليهود في يثرب بادىء الامر حملا لهم على مقاتلة عدو الله خارج حدود يثرب ، وكان من أعتداء قبائل من اليهود [المرابطة] كانت تبيت نية العدوان على المدينـــه وتقطن خارجها ، ثم نسخ هذا الحكم واقتصر على اداء الجزية بديلا عن فريضة الجهـــاد علـــى المسلمين ، وبذلـك اصبح الجهـــاد مقصـورا القيـــام بعبئــه على المسلميـن خاصـة دون اليهود .

اذن اليهود ذميـــون واما المشـــركون من العـرب فلم يعـد يقبـل منهـم مجـرد الولاء للدولـــة ليكتسبوا حق المواطنة ، بل لا بد لهم — لاكتساب هذا الحق — من ترك الوثنية والدخول في الاسلام ، لان الجزيرة العربية هي قاعدة الاسلام ، و ومنطلـق رسالته الاولى .

سيادتها بفريق من اهل الكتاب دون فريق وعلى من يكتسب هذا الحق ان يقوم ـ في نظير ذلك ـ بواجبات مؤداها ، تحقيق التكافل مع الدولة ، والولاء لها ، لحفظ كيانها داخلا .

في هذا دلالة على أمرين :

١ـ مبدأ التسامح مع أهل الاديان السماوية الاخرى ،وذلك بأن جعل لهم من الحقوق ، وعليهم من الواجبات ، عين ما للمسلمين وعليهم ، وليس أعدل ممن يساويك بنفسه في النصفة والعدل ، والحكم .

٢ـ تأصيل مبدأ حرية العقيدة وهو من آصل المبادئ التي تقوم عليها هذه الدولة الناشئة

ثالثا ـ سيادة الدولة منوطة بتشريع الله ورسوله ، الذى يوجب الولاء لهذه السيادة في نظير حق المواطنة ، كما قدمنا .

فالدولة اذن دستورية مقيدة بهذا التشريع ، حاكما ومحكوما ومظاهر هذا الولاء تبدو فيما يلي :

أ ـ الخضوع التام لتشريع الدولة ، وتنفيذ مقتضياته باخلاص ،وهذا واجب على الحاكم والمحكوم على السواء ، اذ ليس للرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ من الامر شيء .

ب ـ التأكيد على المساواة بين السلطة الحاكمة والمحكوم ، لان كليهما يخضع لحكم الله تعالى ، والسنة وحي معنى ، وتتلقيان الحق منه تعالى ، فلا سيد ولا مسود قال تعالى مخاطبا رسوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ (ليس لك من الامر شيء) وقال تعالى (ان الحكم الا الله) وقال سبحانه (لله الخلق والامر) وقال عز وجل : (ومن لم يحكم بما أنزل الله ، فاولئك هم الكافرون) وقال تعالى (اتبع ما اوحي اليك) اى كتابا وسنة ،وما أحالا عليه من مصادر التشريع الاخرى .

ج ـ ان هذا (التشريع) بما هو المرجع في كل نزاع يشتجر بين المواطنين بعضهم مع بعض ، يجب الاحتكام اليه كتابا وسنة والعمل بما يقضيان به في محل النزاع ، وقد كان الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ وهو حي المرجع الوحيد ، ثم أضحت سنته المرجع بعد وفاته ، وفي هذا صيانة لوحدة الامة من التفرق والانقسام ، وقد جاء في الصحيفة ـ فيما يتعلق بهذا الصدد ـ وما نصه : (وأنكم مهما اختلفتم فيه من شيء ، فان مرده الى الله عز وجل ، والى محمد صلى الله عليه وسلم ـ وانه ما كان بين اهل هذه الصحيفة من حدث او اشتجار ، يخاف فساده ، فان مرده الى الله عز وجل ، والى محمد ـ صلى الله عليه وسلم[1] ـ

د ـ توجب سيادة الدولة المنوطة بهذا التشريع على مواطنيها حفاظا على كيانها الخارجي ـ مجابهة العدو ، ونصب الحرب ضده اذا اقتضى الامر ذلك ، وهذا مظهر السيادة خارجا ، يدافع عنها كل مواطن قادر تكافلا معها .

هـ ـ وعلى هذا ، فالتآمر مع اعداء الدولة على تقويض بنيانها يعتبر ـ في نظر الاسلام ـ خيانة عظمى ، تمس سيادتها ، فضلا عن كونه اخلالا بواجب الولاء الذي اوجبه حق المواطنة ، وقد جا في الصحيفة ما يؤكد هذا المعنى من قولها : (ان يهود بني عوف ، امة مع المؤمنين ، لليهود دينهم ، وللمسلمين دينهم ، مواليهم وأنفسهم ، الا من ظلم ، وأثم فانه لا يوتغ[2] الا نفسه .

---

١) سيرة ابن هشام جـ ٢ ص ١٤٩ وما يليها .

٢) يهلك

وأهل بيته[1] " هذا من حيث مظهر سيادة الدولة خارجا وأما من حيث السيادة في الداخل ، فقد تبدى مظهرها فيما يلي :

لعل أول ظاهرة بدت في سيادة هذا التشريع ، هي نسخ أحكام الجاهلية الاولى ، فمن ذلك انه جعل عقوبة القصاص مثلا ، بديلا عن الثأر الجاهلي ، فقد جاء في الصحيفة (وأنه من اعتبط[2] مؤمنا قتلا عن بينة ، فانه قود به ، الا ان يرضى ولي المقتول ، وان المؤمنين عليه كافة ، ولا يحل لهم الا القيام عليه)[3] وهذا ضرب من ايجاب التكافل تشريعا ، لاستئصال شأفة الجريمة من المجتمع ، عملا على استقرار الامن في الداخل .

ويؤكد هذا التكافل ايضا ، ما جاء في الصحيفة نفسها من النص على (أنه لا يحل لمؤمن أقر بما في هذه الصحيفة ، وآمن بالله واليوم الاخر ، ان ينصر محدثا[4] ولا يؤويه ، وأن من نصره أو آواه ، فان عليه لعنة الله ، وغضبه يوم القيامة ، ولا يؤخذ منه صرف ، ولا عدل[5] واذا كان هذا في نطاق الدولة الواحدة ، فأحرى أن يكون بين الدول جميعا تكافلا سياسيا على الصعيد الدولي ، عملا على استقرار الامن والسلم الدوليين ، ونفيا لاسباب الاضطراب العالمي ، والتوسع العدواني كما اشرنا .

وعلى هذا ، فان قواعد (الصحيفة) تنهض بسيادة الدولة الناشئة

---

١) المرجع السابق - ٢) من اعتدى على مؤمن فقتله عدوانا وظلما وثبتت جريمته بالبينة والادلة ، فانه يؤخذ به قودا اى قصاصا او بعبارة اخرى ، القاتل يقتل ، جزاء وقصاصا .

٣) المرجع السابق ٤) سيرة ابن هشام : جـ ١ ص ١٤٩ .

في مظهريها الداخلي والخارجي :

أ ـ اما في الداخل ، فقد تأكدت هذه السيادة بهيمنة التشريع على الأمن بوجه خاص ، وذلك باستئصال شأفة الجرائم التي تعبث بسلامة المجتمع وأمنه ، أيا كانت طبيعة هذه الجريمة ، وأهمها واعظمها جريمة (القتل) والمساهمة فيها ٠

ب ـ وأما في الخارج ، فتتجلى سيادة الدولة في أمر الحرب والسلم ، وعقد المعاهدات ، فأناطت ذلك بشخصية رئيسها الاعلى ، بعد التقيد بالشورى في التدبير السياسي بوجه عام ، على ما سيأتي بيانه ٠

ولا جرم أن (السلم والحرب ، وأبرام المعاهدات) من أهم مهام السيادة في مظهرها الخارجي ، اى على الصعيد الدولي ٠

وهذا يفضي بنا الى بحث أهم قواعد سياسة الاسلام الخارجية ، من حيث علاقاتها الدولية ، وأهمها ابرام المعاهدات ، فنلخصها فيما يلي :

اولا : ـ لا يجوز ان ينفرد بعقد السلم جماعة دون اخرى لان " سلم المؤمنين واحدة " كما لا يجوز التقاعس عن نصب الحرب على العدو ، اذا تحقق مناط حكم الجهاد دفاعا عن كيان الدولة :

نصت (الصحيفة) على أهم ما تقتضيه سيادة الدولة خارجا ، من تحريم انفراد جماعة بعقد السلم ، دون سائرهم ، لان هذا يفضي الى الانقسام في وحدة الامة التي ، وجب الاسلام تحقيقها كفريضة من أعظم فرائض الدين : (واعتصموا بحبل الله جميعا ، ولا تفرقوا)

(وان هذه امتكم ، أمة واحدة) وهذا الانقسام في السياســـة الخارجية من أشـد انواع الاضـرار بمصلحة الا مة ، لتعلقه بمصيرها •

وعلى هذا ، فالاسلام يوجب اذا تعددت دوله في أقاليمـه المختلفة ، الا ينفرد رئيس دولة اسلامية منها ، بعقد (السلم) مع العدو المشترك دون سائر رؤساء الدول الاسلامية ،توحيدا للسياسة الخارجية ، فقد جاء في (الصحيفة) مانصه : (وأن سلم المؤمنين واحدة ، لا يسالم مؤمن دون مؤمن ، في قتال في سبيل الله ، الا على سواء وعدل بينهم (1) •

ثانيـا : ـعقد السلم او الصلح الذى يحل حراما ، محرم فـي الاسلام قطعـا

كل سلم تحمل المسلمين على الهوان ، او تريدهم على الاستخذاء والعسف ، أو على اقرار عدوهم على بغيه وعدوانه ، من انتهاكـه لحرمة أوطانهم ، واغتصاب أجزاء منها ، واستلاب حقوقهم فيها ، بما اخرجهم منها عنوة بقوة السلاح ، تقتيلا وتشريدا ، ليحل محلهم أمما وجماعات وافدة من بقاع شتى من دول العالم ، احتلالا استيطانيـا ، ليمحو معالم وجود المسلمين ومقومات حياتهم وحضارتهم ومقدساتهـم ، مثل هذه (السلم) محرمة في الاسلام قطعـا ، ولا يقرها الاسلام بديلا عن فريضة الجهاد العينية في مثل هذه الحال ، للادلة القاطعة الآتيـة :

---

(1) المرجـع السابـق •

أـ لانها (سلم الهوان) والله تعالى يقول في شأنها (ولا تهنوا ، وتدعوا الى السلم وأنتم الاعلون) والنهي يقتضي التحريم اذ لا صارف يصرفه عن هذا المعنى .

ب ـ لقيامها على محض البغي والعدوان ، وذلك محرم شرعا بالنص ، بل ماجاء الاسلام إلا لينفي ظاهرة العدوان والبغي من الارض ايقاعا ، أو وقوعا ، او استمرارا وبقاء لقوله تعالى : (ولا تعاونوا على الاثم والعدوان) وانما طلب اقرار الحق والعدل في العالم كله .

هذا ولا تعاون أشد اثما ، واعظم نكرا من عقد سلم مع عدو باغ متسلط ، لانه ينطوي على اقرار عدوانه ، واستمرار بغيه على ديار المسلمين ووجودهم ، ومقدساتهم ، وثرواتهم وحضارتهم جملة .

فالقوة او الطغيان لا يقضي على مبدأ الحق والعدل في الاسلام

ج ـ لقوله تعالى : (فمن اعتدى عليكم ، فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) وهذا يفيد أن على المسلمين ازاء المعتدى ، ان يردوا عليه عدوانه بمثله ، وذلك بشن الحرب عليه ، كسرا لشوكته باقصى مستطاعتهم من القوة ، وان يحرصوا على ذلك كل الحرص .

د ـ لقوله تعالى (والذين اذا اصابهم البغي هم ينتصرون) وذلك بمقاتلة الباغي انتصافا من عدوهم ونفيا للظلم الذى نزل بساحتهم فالمسلم الحق لا يستسلم للظلم أبدا ، لقوله تعالى : (ولا تركنوا الى الذين ظلموا ، فتمسكم النار) .

هـ ـ كل عقد او شرط يحل حراما ، محرم بالنص ، لقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ (المسلمون عند شروطهم ، الا شرطا أحل حراما ،

أو حرم حلالا " والشرط عقد ، فالعقد الذى يحل الحرام ، لا يجوز ابرامه قطعــا .

و ـ ان تعين وجوب القتال حتى الموت ، دفاعا عن الحــوزة والمال ، والعرض في شرعه الاسلام ، كتعين وجوب الدفــاع عن الدين ، سواء بسواء ، بدليل أن الشــارع ، قد كتب (الشهــادة) لمن قتل دون أى منهما ، بالنص ، لقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ (من قتل دون أرضه فهو شهيد ، ومن قتل دون ماله فهو شهيــد ومن قتل دون عرضه فهو شهيد .)

ووجه الدلالة ، ان " الشهادة " لا تكتب الا لمن قتل دفاعــا عن امر مفروض متعين القتال دونه ، والحديث جاء بواو الجمع ، نفيــا للتمييز بينها ، من حيث الاعتبار والحكم .

هذا ، وفي الحديث دلالة ايضا على تأصيل مبدأ الكرامة والعزة وتحقيقه في الواقــائع عملا ، وذلك بوجوب الاستماتة والاستبســال في الدفاع عن النفس والمال والارض والعرض ، حال وقـــوع الاعتداء على اى منها ، دون استثناء ، وهذه هي معاقد الكرامـــة للافراد والامم ، لان الحديث بعمومه (من قتل) يشمل كل اولئك .

وبذلك ، تمتزج القيم العليا بالاوطان ، والاعراض ، والاموال ، في التشريع السياســي الاسلامي ، كما تــرى ـ دون فصل او تمييز بينهــا ، من حيث الاعتبار ، والحكم ، والجزاء ، كما قدمنــا .

هذا ، واذا تعين وجوب الدفاع عن الدين والاوطان ، والمقدسات والاموال والاعراض ، لزم عن ذلك ان اقرار العدو على اغتصابها او العدوان عليها ، واستلاب حقوق المسلمين فيها ، محرم قطعا ، ايا

كانت الوسيلة أو الاسم الذى اتخذه ذلك " الاقرار " من عقد السلم او معاهدات الصلح او غير ذلك من المصطلحات اذ العبرة بالحقائق والمفاهيم •

وهكذا ترى ان الاسلام لا يفصل بين الدين والسياسة ، ولا بين الدنيا والاخرة فضلا عن انه يجمع بين المثالية والواقعية ، في مواقع الوجود الحيوى •

ز - منافاة " سلم " الهوان هذه لمقتضيات العزة الالهية التي استخلف الله المؤمنين فيها ، لقوله تعالى : (ولله العزة ، ولرسوله وللمؤمنين) ولا عزة مع الهوان بداهة •

ح - لا يربط الاسلام احكامه بظاهر اللفظ والقول ، وانما يحفل بالحقائق ، وينيط الاحكام بها ، ومن ثم لا يقر الاسلام " سلما " هي في جوهرها وسيلة لاستدامة قهر المغلوب ، أو الابقاء على آثار عدوان الظالم ، تحكيما للقوة الغاشمة في العلاقات الدولية ، او عملا بما يسمى سياسية الامر الواقع ، لما تتضمن هذه السياسة من تغليب القوة (١) على الحق والعدل ، وهذه مناقضة لاصول الاسلام ومقاصده الاساسية ، او نظامه الشرعي العام الذي هو " حق الله " ومعلوم أنه لا يملك أحد ان ينقض " حق الله " عن طريق التراضي او التعاقد ، والا بطلت شرائع الاسلام كلها ، وذلك باطل ، فما يؤدى اليه باطل بالبداهة •

---

١) ومبدأ سياسة الامر الواقع على اطلاقه انما هو تطبيق لاصول السياسة الميكافيلية •

وبيان ذلك ، أن حق الله شرع دائم ، والتعاقد تصرف ارادى ولا يقوى التصرف الارادى على مناقضة شرع الله [1] ، اذ مناقضة شرع الله باطلة ، اجماعا ، لما فيها من تغليب الارادة الانسانية على الارادة الالهيــة ٠

وأما الارادة الانسانية ففي العقد الذى يحل حراما ٠

ـ واما الارادة فلأن النص القاطع يعبر عنها حقيقــة في تحريم ما أحله العقد او التصــرف ٠

وعلى هذا كان القصد غير الشرعي بسبيل أن يهدم القصــــد الشرعي [2] ، وهذا باطل ، للتناقض ، ولان مقصود الشارع من المكلف ان يكون قصده في العمل موافقا لقصد الله في التشريع [2] ، لا مناقضا فتبين أن علة بطلان عقد السلم ، في مثل هذه الحال هو " المناقضة " لارادة الله الحقيقية غير المظنونة ، بارادة المكلف في التصرف والتعاقد

نخلص من هذا الى أن " المناقضة " في عقد السلم هنا ، انما نشأت من قيــام العدوان والبغي ، لان هذا هو مناط وجوب الجهاد لا السلم شرعا ، فنتج عن ذلك ، ان الاسلام لا يقر " سلما " الا اذا اندفع العدوان ، وينتهي الجهاد حينئذ بزوال علته ٠

وهذا أصل شرعي عام في السياسة الخارجية في الاسلام وفي العلاقات الدولية بوجه خاص ٠

أما أن دفع العدوان ، وازالة آثاره (حق الله تعالى) فينهــض به ، ان نفي ظاهرة البغي والعدوان من الارض ، مما يتعلق بــه

---

١) اعلام الموقعين ج ٢ص ١٤ ابن القيم
٢) الموافقــات ج ص ٠

(العدل الدولي) قطعا ، وهذا لا يختص بفرد بعينه او أمة بعينها ، حتي يكون مصلحة خاصة ، وانما يتعلق بحق الانسان العام أو بالمصلحة الحقيقية العليا للانسانية جمعاء ، ولا يقصد الاصوليون بحق الله الا هذا المعنى لشمول نفعه وعظيم خطره[1] وهذا يستلزم حماية هذا الحق ، وعدم التهاون في امره ، أو الاتفاق على خلافه ، اذا لاخيرة فيه للمكلف ، لان هذه هي خصائص الحق العام ، وهذا يقتضي بدوره تحريم اقرار العدوان والبغي باسم السلم احتيالا ، ومن باب أولى تحريم اتخاذ التسلط والقهر ، وما يخلف من آثار ... موضوعا أو محلا للتعاقد او التصالح على اقراره وبقائه ، لامور ثلاثة :

أولها : لعدم مشروعية محل العقد أصلا ، لما قدمنا من تنافيه واصل (العدل الدولي) العام الذى قدسه الاسلام حقا لله تعالى بحيث جعله اساس الخليقة كلها ، لقوله تعالى : " والسماء رفعها ووضع الميزان ، الا تطغوا في الميزان ، واقيموا الوزن بالقسط ، ولا تخسروا الميزان " .

واذا انتفت مشروعية محل العقد بطل العقد اصلا، لان العقد منافٍ والمحلة

---

١) حق الله تعالى ، يطلق بالاشتراك اللفظي على معنيين :
أولهما : حق الله تعالى الخاص في العبادات ، لما جاء في السنة من أن حق الله تعالى على عباده ، ان يعبدوه ، ولا يشركوا به شيئا .
الثاني : حق الانسان العام على وجه هذه الارض ، ويقصد به المصلحة ذات الطابع العام للبشرية كلها ، وهو ما عناه الاصوليون حين فسروا نسبة الحق اليه تعالى ، مع انه تعالى غني عن الحقوق بقولهم : وانما اضيف اليه تعالى لعظيم خطره (اهميته) وشمول نفعه

الثاني : ان العدل الشامل ، هو " الغاية " القصوى التي من أجلها انزلت الشرائع ، وأرسل الرسل ، لقوله سبحانه : " لقد أرسلنا بالبينات ، وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ، ليقوم الناس بالقسط ولا قسط مع العدوان والقهر .

الثالث : لما في ذلك من اسقاط حق الله ، ولا يجوز ، اذ لاخيرة فيه للمكلف لانه من النظام الشرعي العام الثابت ، كما اسلفنا

ط ـ الاسلام يقضي بوجوب الجهاد فرضا عينيا حال مداهمة العدو ديار المسلمين واستيلائه على اجزاء من اراضيهم ، واخراج أهلها منها عنوة ، تقتيلا وتشريدا ، وهذا بالاجماع

ما غزي قوم في عقر دارهم الا ذلوا ، ذلكم قول علي ـ كرم الله وجهه والذل والعزة نقيضان لا يجتمعان ، ولهذا ، نرى الاسلام بصريح آياته ، وقاطع نصوصه ، يقضي ـ في مثل هذه الحال ـ أن على الامة الاسلامية كافة ، شعوبا ودولا ، ان يجاهد وعدوهم الباغي المتسلط ، بأقصى ما يملكون من قوة ، وعدة ، لدحره ، وتحطيم مؤسساته العسكرية ، مصدر قوته ، وأداة عدوانه ، وان يخرجوه من حيث اخرجهم ، بصريح قوله تعالى :

(واخرجوهم من حيث اخرجوكم) فرضا عينيا على كل قادر من الرجال والنساء على السواء ، ونفيرا عاما خفافا وثقالا ، صيانة لحرمة اوطانهم ومقدساتهم ، وحماية لكيانهم الديني ، وقيمهم العليا ، بل ومصير وجودهم الدولي ، مستقر عزتهم ، ورسوددهم ، والا كان الجزاء الالهي المنصوص عليه صراحة من استبدال غيرهم بهم في الدنيا ، وهو

خـزى أبدى ، والعذاب الاليم في الآخرة ، وهذا بالاجمـــــاع ولا نعلم فيه مخالفا ، لقوله سبحانه ، الا تنفروا يعذبكم عذابا اليما ، ويستبدل قوما غيركم ، ولا تضروه شيئا " .

ويتبدى لك بوضوح كيف يربط الاسلام مصير المسلمين في دنياهم بمصيرهم في آخرتهم على سواء ، اذا تهاونوا او تقاعسوا عن امضـــاء امر الله فيهم ، فوحدة المصير في الدنيا والآخرة ، ظاهرة في النص كمـــا تــرى .

فليســت العقيدة الدينية في الاســلام مجـرد عقيدة (ميتافيزيقية) غيبية لا علاقة لها بشئون الدنيـا ، كما يتوهم .

وانما كان الجهاد فرضا عينيا ، في مثل هذه الحال ، لتعلق مصير الامة به وجودا وعـدما .

ى — وجوب استمرار حكم الجهاد فرضا عينيا ، لقيام أو تحقيق مناطه ، فما دام شر العدو الباغي قائما ومستطيرا ، فلا يجوز قطـــع استمرار هذه الفريضة شرعا ، اذ الحكم يدور مع علته وجود وعدمـــا وعـقد السلم قطع لاستمرار هذه الفريضة مع تحقق مناطها وذلك اسقاط للحكم مع قيام علته ، وهو محرم ، فوجب استمرار الجهاد شرعا حتى يستنفد اغراضه ، وتزول علته ، تنفيذا لحكم الله .

من المعلوم أن العلة تستلزم الحكم ، وهذا هو قانون التلازم المنطقي في هذا التشريع ، اذ العلة هي مناط الحكمة الالهية ، كما

تعلم ، ولا يجوز اهدارها ، لانها الحكمة الالهية التي تمثل المصلحة والعدل ، والحكم انما شرع وسيلة لتحقيقها عمــلا .

وأيضا ، ليس للشارع قصد في مجرد اشعال نار الحروب ، بل لتحقيق اغراضه منها ، اذ ليس في الشرع حكم مبتوز عن حكمــة تشريعه التي هي روحه ، فالحكم والحكمة مقترنان ، تصورا ووقوعــا ، والا كان الخلف والتناقض ، وغرضه هنا هو دفع العدوان ، والبغي قطعــا .

واذا كان مناط حكم الجهاد ــ في مثل هذه الحال ــ هو العدوان والبغي ، وما خلفا من آثار ، فان حكم فريضة الجهــاد العينية ، يبقى قائما ، ما دام مناطه متحققا ، وهذا من بدهيات التشريع ، انفاذا لامر الله تعالى ، لقوله سبحانه : " وما كان لمؤمن ولا مؤمنة ، اذا قضى الله ورسوله امرا ، ان يكون لهم الخيرة مــن أمرهــم " .

نخلص من هذا ، الى أن فريضة الجهاد تستمر ما دام شــر العدو قائما مستطيرا ، يهدد المسلمين في وجودهم ومصيرهم لانــه هو العلة ، حتى اذا انتهى عن صلفة ، وغروره ، وامحت آثار عدوانه ، وأجلى عما اغتصب من ديار المسلمين ، فقد استنفد الجهــاد أغراضه حيئنذ واصبح القتال غير مشروع ، عملا بمقتضى قوله تعــالــى : (فان انتهوا فلا عدوان الاعلى الظالميــن) .

ويجب ان يحرص المسلمون كل الحرص على تحقيق اغراض الجهاد ، وان يتيقنوا من ذلك قبل ان يخوضوا غماره ، استبسالا واستماتــة بعون اللــه .

ك ـ لا يقبل من العدو الباغي جنوح الى السلم الا اذا طلبها استسلاما وعجزا عن المضي في القتال ، او ايثار منه لحقن دمه ، او تسليما بالحق ، وانضواء تحت لواء العدل .

وكذلك الحكم في وجوب استمرار الجهاد فرضا عينيا ، في هذا المجال ، فلا يقبل من العدو جنوحه الى السلم ، الا اذا طلبها استسلاما لعجزه عن المضي في القتال ، حقنا لدمه ، أو تسليما منه بالحق ، أو رضى بالكف عن العدوان والشر ، وايثارا للانضواء تحت حكم العدل ، فيجاب حينئذ الى طلبه ، شريطة الا يشوب طلبه هذا شائبة من دخل أو خداع خفي او فساد طوية ، لقوله تعالى (وان جنحوا للسلم فاجنح لها) اذ لم يشرع القتال في الاسلام لذاته ، بل لضرورة محو ظاهرة العدوان والبغي ، في الارض ، بجميع صوره ، كما بينا .

ل ـ على أنه اذا اقتضت ظروف المسلمين ايقاف القتال ، جاز ذلك مهادنة ، لا سلما ولا صلحا ، شريطة ان يكون لفترة موقوتة لا تطول ، لاستجماع القوى ، واعداد العدة على أرفع مستوى ، ثم استئناف الجهاد من جديد ، لقيام مقتضياته ، بعد دراسة الموقف عمليا دراسة تحليلية دقيقة شاملة ، من قبل اهل الخبرة والاختصاص ، لان موضوع حكم الشرع في هذه الحال ، هو القتال والحرب ، فلا بد من استشارة أهل الخبرة فيه ، لان الحكم الشرعي واضح ومعلوم ، ضمانا لتحقيق النتائج المقصودة ، والخبرة بالنتائج ، ومن هنا

كانت الصلة بين الشرع والعلم أو الخبرة المتخصصة وثقى بحيث لا يتصور الانفصال بينهما ، لان العلم موضوع الحكم ، كما ترى ، وانما قلنا ، جاز ايقاف القتال مهادنة لفترة لا تطول ، كيلا تنقطع او تتعطل فريضة الجهاد ، لانها ـ في شرع الاسلام ـ مستمرة أبدا دفاعا عن الحق والعدل الذى كثيرا ما يبغى عليه ، فلا بد له من قوة قادرة تحميه ، وحتى لا يتخذ العدو من الوقت المتسع في المهادنة فرصة للاستعداد والتأهب لمعاودة قتال المسلمين من جديد .

فالدولة في الاسلام مجاهدة ابدا ، وسلمها قوى عزيز ، لقوله صلى الله عليه وسلم ـ (الجهاد ماض الى يوم القيامة) وقوله تعالى (ولا تهنوا ، وتدعوا الى السلم وانتم الاعلون) .

هذا جماع ما يتعلق بتفسير نص (الصحيفة) على مبدأ هام في العلاقات الدولية بين المسلمين وغيرهم ، مؤداه " ان سلم المؤمنين واحدة ، لا يسالم مؤمن دون مؤمن في قتال في سبيل الله الا على سواء وعدل بينهم "

ثم جاء التشريع السياسي العام مؤيدا هذا الاصل على النحو الذى رأيت .

سادسا : أكدت (الصحيفة) حماية " الحوزة " ـ دار الاسلام ـ كحماية الدين ، وشرائعه ، سواء بسواء ، اذ نصت على أن " يثرب حرام جوفها ، لأهل هذه الصحيفة"

ومعلوم ان " يثرب " كانت هي موطن الدولة الناشئة يومئذ

دون غيرها من بقاع الجزيرة .

وهذا يستلزم بالضرورة ، وجوب دفع العدوان عنها بداهـــة ، واخراج العدو منها اذا داهمها ، وهو مؤدى قوله تعالى : (واخرجوهم من حيث اخرجوكم) .

سابعـــا : ـ حرمة المعاهدات وقد سيتها في بالحرب ، ، ايثارها على النصرة في الدين على من كان بيده عهد وميثاق .

وبدليل ذلك ، قوله تعالى : (وان استنصروكم في الديـــن فعليكم النصر ، الا على قوم بينكم وبينهم ميثاق) .

ولا نعلم دينا أو تشريعا ، قد رفع من شأن (العهد) الى هذا المستوى من القداسة وقد كان لهذه القاعدة اثرها في العمــل على استقرار السلم والأمن الدوليين ، من جهة ، وعلى تأصيل روح الثقة فيمن يتعامل سياسيا مع الدولة الاسلامية ، على الصعيد الدولي مما يعتبر بحق من أهم خصائص سياسة الاسلام الخارجية العادلـــة .

واساس ذلك ، ان الاسلام لا يفصل بين الخلق والسياســـة لاستناده اساسا الى عقيدة دينية ، وهي ـ فيما نعتقد ـ ميـــزة عظمى تفتقر اليها كل السياسات في العالم اليوم ، لاقرار الحق والعدل ، ذلك لان العقيدة الدينية هي التي تجعل للقيـــم الخلقية الاعتبـــار الاول في التشريع والتعامل ، ان في الميــــدان الداخلي بين المواطنين بعضهم قبل بعض ، أو بينهم وبين اجهــزة الحكم في الداخل ، أو في العلاقات الخارجية ، ولا سيما في ابـــرام المعاهدات والمواثيق الدولية ، فلا غدر ولا نفاق ، ولا كذب ، ولا

احتيال ، قال تعالى : (وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ، ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها ، وقد جعلتم الله عليكم كفيلا) .

وهكذا ترى أن تنفيذ الحكم الشرعي العملي ، واحترامه وتقديسه ، يستند اساسا الى عقيدة المسلم ووجدانه ، وذلك من أعظم (الضمانات) لاستقامة الامر في الامة والدولة على السواء لاسيما في علاقاتها مع غيرها من الدول ، الا اذا بدا ما يشعر بتوقع خيانة الطرف الاخر ، فيكون النبذ والنقض حينئذ ، قال تعالى (واما تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على سواء) فالاعتبارات الدينية النابعة من اصل العقيدة هي بعينها اعتبارات خلقية فليست الصفة الدينية في تشريع الاسلام ، او العقائدية ، اذن ، صفة نقص ، او أمرا رجعيا ، أو من قبيل العوامل لارجاع عقارب الساعة الى الوراء ، كما يقال ، بل هي عامل فعال في ارساء اصول الفضائل في المجتمع البشري ، ورد الانسان الى الاحتكام الى نقاء فطرته وحيوية ضميره ، وطهارة وجدانه ، وهذا هو اصل التقدم الانساني ـ فيما نعتقد ـ واما الكذب ، والخيانة ، والمكر ، والتآمر ، والغدر ، والغش ، والاحتيال ، وغيرها مما يناقض اصول الفضائل ، فمعوقات كأداء ، تعرقل تقدم الانسانية بلا مراء ، وتجعله يرجع بالشعوب والدول القهقرى الى عهد البدائية او الجاهلية الاولى ، قال تعالى (أفحكم الجاهلية يبغون ، ومن أحسن من الله حكما) فضلا عن انها من اسباب الاضطراب العالمي ، بينما نرى بعض فقهاء السياسة في الغرب ، من مثل ميكيافيلي[1] يرى ان على الدولة أن تلجأ الى وسيلة

---

[1])اساطين الفكر السياسي : ص ١٨٨ للدكتور سعفان شحاته .

الحيوانات ، في تنافسها مع الدول الاخرى ، فيجب أن تختار ، وسائل الاسد ، والثعلب معا ، فتلجأ الى الشدة والبطش ، وهما طريق الاسد ، والى المكر والدهاء ، وهما وسيلة الثعلب .

ويرى أنه لابد من الجمع بينهما .

وثم يؤكد ميكيافيلي ، أن الدولة لن تفشل في تغطية دهائها ومكرها ، لانها ستجد دائما سذجا وبسطاء ممن ينخدعون بتصرفات الدولة .

بل يرى أن هذا ينبغي أن يكون سبيل كل انسان ، لا الدولة فحسب ، كمنهج عام للحياة ، فكل ما هو مطلوب من الانسان ، ان يكون من اللباقة بحيث يجعله يخدع الاخرين ، ويغشهم بدون أن يشعروا (١) والسياسة الدولية عملا صدى لهذه الاصول غالبا ، حتى عصرنا هذا .

وهذا مناف لبداهة الأصول الاخلاق والفضائل التي جاء بها الاسلام ، بل هو عين شريعة الغاب ، فكيف تسمى فلسفة أو أفكارا سياسية ؟

هذا ، والتشريع السياسي الاسلامي ، غني جدا بالاحكام الخلقية التي تدور في فلك العقيدة ، ثباتا ورسوخا ، بل هو اساس الاحكام التشريعية الملزمة ، اذ لا تكاد تجد قاعدة عامة ، أو حكما شرعيا تفصيليا ملزما ، مؤيدا بجزاء دنيوى قضائي ، الا ويستند اساسا الى " قيمة خلقية " سواء أكانت في التعامل داخلا ، أم في السياسة الدولية خارجا .

فالعدل مثلا في أصله قيمة خلقية ، لان من لا يكون عادلا لا يكون فاضلا ، بالبداهة والفضيلة اساس الخلق .

وكذلك الاحكام التي تنفي الضرر وتحرمه ، أيا كان نوعـــــه لتحول دون وقوعه ، او ترفعه ، بحكم التعويض والضمان بعد الوقوع ، عدلا ، هي في اصلها احكام خلقية ، لان الاضرار بالناس لا يتفـق واصول الفضائـل .

وقصارى القول ، ان الخلق ـ في تشريع الاسلام السياســي وثيق الصلة بالعقيدة من ناحية ومفاهيم السياسة فيه من ناحية اخـرى بل هو قوامها ، والعدل في جميع صوره ، ينهض ـ في الاصل علـى اصول خلقية ، ولذا رأينا الاسلام يحفل بالعدل احتفالا لا تجد غيره مثله فيه ، اذ جعله الاسلام احدى الغايتين اللتين انزلت الشريعـة من اجلهما وهما :

الهداية ـ والعدل ، وهذا منطقي ومعقول ، اذ لا يستقيـم أمر الدولة ـ فضلا عن احوال العالم كله ـ في تدبيرها السياسي داخلا الا بالعدل ، وقديما قيل " العدل اساس الملك " ونقصد بالهداية التوجيهات الى المبادئ السياسية والاقتصادية والاجتماعية والعسكرية ، فضلا عن الهداية الدينية في العقيدة والعبادة والخلق .

هذا ، ولا معنى لما يسمى بالديمقراطية الا اذا قامت على اساس العدل والمساواة ، في جميع النواحي ، السياسية والاجتماعية والاقتصادية ولا تتوثق العرى بين الحاكم والمحكوم الا بالعدل .

وكذلك في الميدان الدولي ، المساواة بين الشعوب ، واحترام حقوقها ومن هنا ازال الاسلام الفوارق العارضة بين البشر ، وقضى بتشريعه على العنصرية والاستعمار السياسي والاقتصادي ، وأوجـب التعاون او التكافل الانساني العام ، وأقام العلاقات الدولية علـى

اساس من التكافوء والعدل ، وحرم الاحتيال والغش ، والغدر والخيانة والكذب ، واوجب الاخلاص والوفاء فيما يبرم من معاهدات ومواثيق ، فكانت هذه الاصول هي روح الحضارة الانسانية الحقة •

الفكر السياسي الغربي قد فصل السياسة عن الدين والخلق فصلا تاما ، واطلق على دولته وصف " العلمانية " •

ان النظم الديمقراطية الغربية ليست في جوهرها الا تعبيرا عن تلك السياسة ، ومعلوم ان الديمقراطية فردية النزعة ، عنصرية الاتجاه •

أما أنها فردية النزعة ، فلأن هدفها الاسمى هو " الفرد " وتغليب مصالحه على مصلحة المجتمع وان كان كثير من التعديلات قد طرأت على هذا الاصل في القرن العشرين •

وأما أنها عنصرية الاتجاه ، فلانها هي بعينها الديمقراطية التي مارست الاستعمار السياسي والاقتصادي بصوره المختلفة ، منذ القرن الخامس عشر حتى القرن العشرين ، وقد كانت لانكلترا مثلا وزارة خاصة يطلق عليها وزارة المستعمرات •

هذا ، وتقوم السياسة على اصول نلخصها فيما يلي :

أ ـ فصل السياسة عن الخلق والدين ، واقامتها على أصول خاصة بها •

وقوام هذه الاصول الخاصة ، كما تبدت في تدبيرهم السياسي في البلاد المستعمرة ، من مثل سورية ومصر والعراق والجزائر و فلسطين ، والهند ، وليبيا وغيرها اعمال مبدأ التفوق العنصري

، وعدم احترام حق الشعوب ، واتخاذ القوة والبطش وسيلة لاكراه الشعوب المستعمرة على قبوله حكمها ، والدسائس والمؤامرات والمكر ، واشعال الفتن ، سبيلا لتثبيت دعائم الاستعمار ، عمـــلا بمبدأ " فرق تسد " والتاريخ حافل بالوقائع التي تؤيد هذا النظر.

ولا يمترىأحد أن هذه الاصول في السياسة الاستعمارية جـــد مشابهة لاصل سياسة ميكيافيلي ، لما بينا من ان قوام سياسته ، قوة الاسد ، ومكر الثعلب ، وضرورة الجمع بينهما ، وأن غاية الحاكـــم الوصول الى الحكم ، ثم المحافظة عليه بعد الوصول بشتى الوسائل أيا كانت طبيعتها ، وان اخلاص الحاكم للمحكوم في تدبير أمـــره يعتبر ضربا من الحمق فاذا كان هذا أصلا في سياسته بالنسبة للحاكم في شعبه ، ففي حكم الشعوب الاخرى يكون أصلا من باب أولى ، وهذا لا يعدو ان يكون عملا بمبدأ " الغاية تبرر الواسطة " وهو من صميم السياسة الميكيافيلية ، وان لم يجهروا به قولا ، فالاستعمار كان همه دون ريب — ابقاء السيطرة الاستعمارية بكل وسيلة تحقق له هـــذا المطلب ، دون نظر الى قواعد الخلق ، أو تعاليم الدين المسيحي ، أو حتى ما تعارف عليه الناس من فضائل ، وهذا يؤكد مبدأ " السياسة أولا " دون نظر الى أى مبدأ آخر من دين او خلق ، أو الخير الانساني العام.

ومما يؤكد ان أصول الفكر السياسي الاستعمارى قد انحدرت من فلسفة ميكيافيلي ، أن الاستعمار او التوسع العدواني — في نظر ميكيافيلي — ظاهرة ينبغي أن تبقى في المحيط الدولي ، اذ تفرض ضرورة قيام هذه الظاهرة واستمرارها ، حيوية الامم القوية وسلامتهـــا فكانت — لذلك — نتيجة طبيعية عادية ومستمرة في نظرهم.

وأيضا ، المنطق الاستعماري في السياسة الغربية ينتهي في تحليله فلسفيا الى مبدأ " مصلحة الاقوى " أو " الحق للقوة " وهو مفهوم (العدل) في السياسة الميكيافيلية ، بالامراء ، لما علمت من أن (العدل) ليس شيئا سوى مصلحة الاقوى في تلك السياسة.

هذا ، ولاشك ان الاستعمار انما كان يتم بالفتح والقوة الباطشة ثم ارغام المستعمرات على قبوله ، كرها ، وهذا مما لا يفتقر الى دليل ، وليست " الثورات " والجهاد المتواصل الذى تولت كبره البلاد المستعمرة من مثل الجزائر وفلسطين وسورية وغيرها الا نتيجة لذلك الاكراه أو التسلط ، وهذا في جوهره ليس الا تطبيقا لمبدأ ميكيافيلي في كتابه " الامير " الذى يقضي بأن على الامير ان يحمل الناس قسرا على كل نظام يفرضه ، وقد تأثر (هوبز) الفيلسوف الانكليزى بهذه الفلسفة ايضا حيث اكد على مبدأ الاستبداد ، واعتبر " العملاق " وما يصدر من قوانين ، هو العدل ، ولا يملك احد[1] أن يناقش تلك القوانين او يفسرها ، فضلا عن أنه يفترض أن المحكومين قد تنازلوا عن حقهم في الحكم على الاشياء بالخير والشر ، أو الحق والباطل ، فهم أشبه بجمادات لا رأى لهم ، ولا ارادة ، وظاهرة الاستعمار التي عمت البلاد العربية والاسلامية ، لم تكن في جوهرها الا تطبيقا لمبادىء تلك السياسة التي انحدرت اليها من الفكر الفلسفي لدى كيكيافيلي وهوبز وستيوارت ميل وغيرهم .

---

(١) اساطين الفكر السياسي : ص ١٨٠ وما يليها ـ للدكتور شحاته انظر ما يوحي وصف العملاق من معنى القومية بالنسبة للمحكومين كأن الدولة رعاياها اقزام ورئيسها عملاق ، وهذا يشبه القصة الخيالية الانكليزية المعروفة بعنوان (جليفر ترافلز) .

ى — مبدأ الاستعلاء العنصرى ، حق للجنس الابيض والعمل بهذا المبدأ لا يزال ساريا في كثير من بقاع العالم ولا سيما في آسيا وافريقيا ، بل وفي أعظم الدول حضارة ، حتى يومنا هذا ، ولا يعدو أن يكون العمل به تطبيقا للمبدأ القديم "روما سادة ، وما حولها عبيد"

ح — اتخذت النظام النيابي أسلوبا للحكم ، كما رأيت ومبدأ الفصل بين السلطات الثلاث : التشريعية والتنفيذية ، والقضائية ، درءاً للاستبداد والتحكم من قبل احداها على الاخرى .

د — جعلت من مبدأ " الحريات العامة " بمفهومها الفردى التقليدى المطلق الذى لا يتقيد الا بالنظام العام والاداب ، ضمانا لتنفيذ سلطة الحاكم ، وقدمتها على مقتضيات الصالح العام ، وقد كانت هذه الحريات ابان الثورة الفرنسية انما تعني مجرد الافلات من استبداد الحاكم ، وفي مقدمة هذه الحريات ، الحقوق السياسية ولم تتعرض الى تقرير الحقوق الاجتماعية والاقتصادية للفرد ، الا في هذا القرن العشرين .

والحقوق السياسية تشمل حق الانتخاب والترشيح ، وحق التمثيل النيابي ، وحق تولى الوظائف العامة .

هـ — الحرية الاقتصادية ، وهي فرع عن النزعة الفردية المتطرفة . ومن هنا ، أبيح الاحتكار ، والاستغلال ، واعتبرت الارادة الانسانية وسلطانها هي أساس العقد السياسي ، والاقتصادى ، وضعت قاعدة : " العقد شريعة المتعاقدين " بقطع النظر عما يحيط به من ظروف قد تجعل احد المتعاقدين مذعنا لا راضيا حقا بحكم وضعه الاقتصادى الضعيف مما يخل بالتوازن في مضمون العقد اقتصاديا ويبدو استغلال ظاهر ، كما أباحت الربا وغيره من صور الاستغلال حيل

وأغرت الفرد بذلـك ، ودفعته الى تأثيل الثروات عن هذا الطريق تحت اسم سلطان الارادة العقدية ، أو الحرية الاقتصادية ، كما هو معلوم ، وهو في جوهره استغلال للأزمات ، او للظروف الملابسة القائمة او الطارئة ، او للتفاوت الفاحش من حيث القوة الاقتصاديـة بين المتعاقدين ، وبعبارة اخرى قامت على " الانانية " والشـره المادى ، نتيجة للفردية المطلقة ، وبإباحتها الربا والاحتكـار والاستغلال وارسائها لمبدأ سلطان الارادة المطلق ، نشأت قـوة ماليـة واقتصادية في يد طبقة كانت ذات أثر فعال على أداة الحكم تسيره وفق مصالحها الخاصة ، مما أثر بالتالي على الحقوق السياسية والحريات العامة ، فجعلها شكلية جوفاء ، أو مجرد وسائل لا تفضـي الى غاياتها المقصودة منها ، ومن هنا كان الاستبداد والتسـلط ، بفقدان ما أنيط بالحريات العامة من كفالة تقييد السلطة بعـد افراغها من معناها الحق ، حتى غدت حريات صورية .

و ـ الديمقراطية السياسية الغربية نظام تقريرى لا تقويمي بمعنى أنه يتملق الجمهور ويأخذ الناس على علاتهم أو على ما هم عليه ، ويعاملهم على هذا الاساس ، باسم الحرية .

ولو رحنا نبحث في تاريخ الفكر السياسي الغربي لمجرد المقارنة النظرية بين أصول بعض نظرياته وبين ما أستقر في الاسلام من مبادىء لالفينا عجبـا .

فلو أخذنا ـ على سبيل المثال ـ فلسفة " سبنسر " السياسيـة لالفيناه يؤسس نظريته السياسية على نظرية " تنازع البقاء " او " البقاء " او للاصلح " كما ذكرنا وتفرع عن هذا ، ان الدولة ـ فـي

نظر سبنسر — ليست ملزمة بتقديم اى مساعدة للفقراء ، او بذل اى معونة للمحتاجين ، بل يرى — ان على المجتمع ان يبيد أو يستأصل تلك العناصر التي تقع صريعة التنازع على البقاء ، والمطالعة العابرة لمثل هذه الاراء توحي بتجردها عن النزعة الانسانية جملة دون ريب ٠.

هذا ، وقد تبنت الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩ هذا النظام ٠٠ الديمقراطي القائم على الفردية ، والمبدأ الحر في الاقتصاد ، أو ما يسمى بالنظام الليبرالي ، واعتمدت القانون الطبيعي المبهم الذى كان ظهيرا للنزعة الفردية دستورا لقوانينها ٠

مقارنة اصول الفكر السياسي الغربي بقواعد التشريع السياسي الاسلامي :

مع النقـــد والتوجيـــه :

١ـ يتجه على الفكر السياسي الغربي ، ان الاخلاق " ترتد من حيث منشوءها الى البصيرة الفطرية في الانسان ، لقوله سبحانه لا بل الانسان على نفسه بصيرة " ولن تغنيه المعاذير " ولو القى معاذيره " في الانحراف عنها او طراحها ، والبصيرة قوة ذاتية فطرية مركوزة في الانسان تقدره على التمييز بين الخير والشر ، والنفع والضرر والفجور والتقوى ولعل في هذا تفسيرا لقوله — صلى الله عليه وسلم — " الحلال بين ، والحرام بين " ولقوله تعالى " فألهمها فجورها وتقواها " ٠

هذا ، وقد أشار الرسول — صلى الله عليه وسلم — الى ان هذه البصائر " الفردية الفطرية الذاتية ، يتكون من مجموعها " وجدان عام لدى المؤمنين ذو قوة في الشرع معتبرة في الحكم على الاشياء ، وفي التمييز بينهما بقوله — صلى الله عليه وسلم — " لا تجتمع امتي

على ضلالة " وبالاثر " مارآه المسلمون حسنا ، فهو عند الله حسن "

فتجريد السياسة عن الخلق اذ ن ، مما ينافي اصول الاسلام من حيث انه أقام العلاقة — وطيدة محكمة — بين تشريعه السياسي ، وبين فطرة التكوين الانساني ،

وتأسيسا على هذا ، فكل اتجاه عملي ، أو تشريع سياسي ينافي مقتض الفطرة الانسانية ، مكتوب له الفشل ، ان لم يكن سببا في استشراء الفساد والظلم والانحلال •

ولا يقال ان الاخلاق منشؤها المجتمع والاعراف ، ومن ثم تتطور بتطورها ، لان هذا يقضي على اصالتها وثباتها بحكم منشئها الفطرى ، وايضا التشريع الاسلامي ليس محكوما بالاعراف ، بل هو حاكم عليها ، يقر منها ما تجيزه معاييره ، ويتفق مع أغراضه •

وعلى هذا ، فالاخلاق في الاسلام ثابتة ، بامور ثلاثة :

أولها — بحكم تكوين البصيرة فطرة •

الثاني — بالتشريع الآمر القاطع الذى جاء استجابة لتلك الفطرة •

الثالث — بالعقيدة ضمانا لاصالتها • ورسوخها ، وعدم انحرافها أو تبديلها ، ولا نعلم مهيمنا على الهوى كالاعتقاد الحق وبذلك اضحت العقيدة نفسها ميزانا للاخلاق ، بما هي[1] اطارها الذى لا تتعداه • وتأسيسا على هذا ، كانت السياسة التي تدور في فلك العلمانية المجردة انحرافا على أصل الفطرة الانسانية ، ومضادة

---

(١) أى لكون العقيدة اطار للاخلاق

لها قطعا ، وهذا فارق عميق يفصل ما بين التشريع السياسي الاسلامي ، وغيره من السياسات العلمانيــــة ٠

وأيضا ، نجم عن أصل فطرية الاخلاق ، مسئولية الالتزام بهـا ذاتيا ، فضلا عن النصوص التشريعية الآمرة ، ومن هنا كانت " الحرية المسئولة" التي صورها القرآن الكريم ، بأن تغيير القوم ما بهم ، على نحو يتفق ومقتضى أصول الاخلاق الراسخة في بصائرهم ، أو يخالـف عن مقتضاها ، سبب في تكييف مصيرهم ، خيرا أو شرا ، مصداقـــا لقوله تعالى : " ان الله لا يغير ما بقوم حتى يغيروا ما بأنفسهـم " أى من تغيير الدوافع الى العمل بأحساحســن الاخلاق او نقائضها عزاوالمصير الى نقائضها لاخلاق ، هو في واقع الامر تغليب للقوة التدميرية الرابضة في اعماق نفسه الانسانية ، وهي الاهواء والغرائز والميــول لانهيار العامل الخلقــي الذى ينهض بحيوية الضمير ، وحكمة العقـل ولهذا اثره البالغ في حياة البشر ، ولا سيما اذا تعلق بتدبير سياسي ، وعلى الصعيد الدولي ، كما يجر الى الاستهانة بالقيم العليــا ثم الى الانحلال والاستهتار ، في الميدان الاجتماعي ، وينتهي الى التقاتل على " المادة" والتهالك على " الجنس" لانعدام المسئولية في الحرية ، وهيمنة الخلق عليها ، وهو ما تعاني منه أمم كثيرة مـن بقاع العالم في عصرنا هذا ، فتجريد السياسة عن الخلق ، تصبـح معه السياسة قوة هدامة لهدمها قوة الخلق في الفرد والمجتمــع وتقويضها لاصل الالتزام والمسئولية في الحرية ٠

فنخلص أن الدين والاخلاق ضرورة حيوية في النشاط الانساني ولا سيما في التدبير السياســي ٠

أما الدين ، فلانه ميزان الخلق ، وضمان ثباته واساس الالتزام به ، ومنشأ المسئولية في الحرية .

وأما الخلق ، فلانه معتصم الانسان مما يربض في اعماق نفسه من قوة تدميرية تتمثل في أهوائه وغرائزه ، فتأتي على حيوية الضمير وصفاء الوجدان ، وحكمة العقل ، بعدم التوجيه العقدي والخلقي ثم يكون الانحلال والتكالب على الجنس والمادة ، آخر الامر كما اسلفنا ؛

فالدولة التي تفصل السياسة عن الدين والخلق ، تغدو غير متحضرة انسانيا ، وان كانت متقدمة ماديا .

٢ـ ويتجه عليهم في تبريرهم للاستعمار ، والتوسع العدواني من زعمهم بأنه ظاهرة عادية مستمرة تنشأ نتيجة لازمة لحيوية الدول المستعمرة وسلامتها ، وفرط قوتها ، يتجه عليهم في هذا أن " الضعف " او محدودية أسباب القوة ، المادية والمعنوية لدى بعض الشعوب ، يصلح علة في استباحة الحرمات ، وانتهاب الخيرات ، وإزهاق الارواح ، وهضم حق الشعوب وتجهيلها ، للاستعلاء في الارض بغير الحق ، عنصريا بل " الضعف " داعية الى " العون " والبذل والإنقاذ ، والانصاف تلافيا لاسبابه ، رحمة ، وانتصافا وتكافلا انسانيا ، وهو ما جاء به الاسلام على ما بينا .

وبهذا كان " الاستعمار " في حقيقة أمره ، وطبيعة آثاره مناقضا للعدل الدولي ، وقانون الرحمة ، بوجه خاص ، والمصلحة الانسانية العليا ، آخر الامر ، تلك الاصول التي قررها الاسلام بصورة قاطعة في تشريعه السياسي .

أما أن الاستعمار مناف للعدل الدولي ، فلانه محض بغي وعدوان واستلاب ، وتحكم وهو محرم شرعا بالنص(1) .

وأما كون الاستعمار منافيا للمصلحة الانسانية العليا ، فلانها تتمثل في " العدل " الدولي " وتقرير حقوق الشعوب في الارض والتعاون المثمر بينها في دائرة البر .

ومعلوم ان ظاهرة الاستعمار بجميع صوره ، قوامها تحكم القوى في الضعيف ، أرضا وثروة ، وفكرا ، ومعتقدا ، وحياة ، ومصيرا ، تحقيقا لمصلحة الاقوى ماديا ، كما بينا ، وهذا مناف بداهة للعدل الدولي رأسا ، لانه شريعة الغاب ، وهو من ابرز اسباب الاضطراب العالمي والعدل الدولي مصلحة انسانية ، عليا ، بلا ريب .

وأيضا ، لا تلازم بين الحق والقوة حتى يكون الحق تابعا لها فقد يكون الحق للضعيف وهذا هو الواقع في السياسة الدولية غالبا في عصرنا هذا ، بل عبر العصور غالبا ، ومن هنا ، أدرك الاسلام هذا الوضع البشرى الظالم ، فكان من أولى مهماته تغييره بمبدأ

---

1) قال تعالى : " ولا تعتدوا ، ان الله لا يحب المعتدين " لقوله تعالى : (يا ايها الذين امنوا اذا ضربتم في الارض فتبينوا ، ولا تقولوا لمن القى اليكم السلام لست مؤمنا ، تبتغون عرض الحياة الدنيا ، فعند الله مغانم كثيرة " .

وثمة آيات كثيرة واحاديث صحيحة تنهي عن العدوان والبغي وتوجب اقامة العدل الشامل المطلق بين البشر والمساواة بين الشعوب والتعاون على البر على الصعيد الدولي ، كما ذكرنا " وتعاونوا على البر والتقوى " باطلاق ، باستثناء المحاربين ومن يظاهرهم .

آخر بديلا عنه ، يرمي الى اقرار الحق في الارض عدلا ، وانتزاعه من غاصبه القوى ، نغاية أساسية من غايات السياسة الخارجية للدولة في الاسلام ، أفصح عنها الخليفة الاول أبو بكر الصديق ـ رضي الله عنه ـ يؤخذ بروعتها ، كل منصف ، بل كل عاقل ، اذ يقول :

" والقوى فيكم ضعيف عندى حتى آخذ الحق منه ، والضعيف فيكم قوى عندى ، حتى آخذ الحق له " .

مبدأ سياسي عام خالد ، ورائع حقا ، جاء لينقض المبدأ الاستعمارى المعروف : " الحق للاقوى " او مصلحة الاقوى ، كما ترى ليقرر أن " الحق للعدل " ولذا شرع الاسلام وجوب اعداد القوة المرهبة للعدو حماية لهذا المبدأ ، وتنفيذا عمليا لمقتضاه ، اذ لا بد للحق من قوة تحميه وتضمن تنفيذه ، ولذا اوجب الجهاد ، والتضحيات الجسام بالاموال والانفس في هذا السبيل واعتبره حقا خالصا لله تعالى ، وابتغاء مرضاته ، دون أى غرض نفعي مادى او توسع عدواني ، فكانت الحرب ـ في الاسلام ـ ضرورة لمثل هذه الاغراض

هذا ، ومبدأ " الحق للاقوى " يستهدف تغليب مصلحة هذا الاقوى ماديا استعلاء بالعنصر أو كما يعبر القرآن الكريم ، " ان تكون امة هي أربى من أمة " بغير حق ، وقد هدم الاسلام هذا الغرض في كثير من آياته ، من مثل قوله تعالى : (ولا تكونوا كالتي نقضت غزلها من بعد قوة انكاثا ، تتخذون ايمانكم دخلا بينكم ، أن تكون امة هي أربى من امة " ولقوله تعالى : (تلك الدار الاخرة نجعلها للذين لا يريدون علوا في الارض ولا فسادا) فظهر جليا ، ان الاستعمار

ظاهرة من " الظلم " والطغيان والفساد في الارض ،نشأت عن الهوى والعصبية ، والانانية والشره المادى ، ونزعة الاستعلاء بالعنصرية وهي من مظاهر الضعف في القيم ، والخلق ، والافتقار الى الهداية الالهية ، ولذا ، جاء الاسلام لينقضها من القواعد ، لان " الظلم العالمي " مناف للمصلحة الانسانية العليا ، بلا مراء

ولعل نزعة الاستعلاء بالعنصر ، أو الانانية ، هي التي حملت فلاسفة السياسة العلمانية الى تجريدها من الخلق والدين ، لانهما لا يلتقيان مع أغراضهم العدوانية التي ما فتئوا يشعلون نار الحرب المدمرة من أجل تحقيقها ، طغيانا وظلما ، حتى يومنا هذا ،قال تعالى في تصوير هذا الوضع : " الذين آمنوا يقاتلون في سبيل الله والذين كفروا يقاتلون في سبيل الطاغوت ، فقاتلوا أولياء الشيطان ، ان كيد الشيطان كان ضعيفا " .

وأما كون " الاستعمار " مناقضا لقانون الرحمة الانسانية ،فظاهر من قبل أن استلاب المستضعف المقهور حقوقه هو زيادته هلاكا الى هلاكه ، وكذا تجهيله ، لانه يصبح عالة على المجتمع الدولي ، اوعضوا أشل ، وليس هذا من مهمة رسالة الاصلاح في الارض ، ولا " التعاون " البشر بين الشعوب في دائرة البر والخير المشترك ،بل هو شر مستطير ، وفساد عريض . ومن هنا جاءت تعاليم الاسلام على النقيض ، لقوله تعالى :" ونريد أن نمن على الذين استضعفوا في الارض ونجعلهم أئمة ونجعلهم الوارثين " بل الرحمة هي الغاية الاساسية التي استهدفها الاسلام من أنزال شريعته ، لقوله تعالى : (وما أرسلناك الا رحمة

للعالميـــن " ولقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ " لا تنزع الرحمة الا من شقي " لقوله عليه السلام : " ارحموا من في الارض يرحمكم مـــن في السماء " وكيف يتفق هذا مع واقع نظرية سبنسر ، من أن الدولة ليس من مهماتها ان تعين الفقراء او المحتاجين حتى من ابنائها ، فضـــلا عن ابناء غيرها من البشر ، وان على المجتمع استئصال وابادة الاضعف وهذه نزعة غير انسانية بلا ريب تبرأ منها الاسلام ، ألا ترى انــه جعل " الزكاة " ركنا أساسيا في الدين ، مصدرا ماليا دائما لتمويـــل مصارفها المتعددة ، تكافلا ملزما بين القادرين والضعفاء ، وغير ذلك من الموارد المالية ؟

٣ـ ويتجه على هذه السياسة ايضا ، في ذهابها إلى أن الدولة ليست من مهمتها " الاصلاح " بل عليها أن تأخذ المجتمع كما هـــو وتعامله على هذا الاساس ، بان تعمد الى رصد الظواهر الاجتماعيـــة وبناء الاحكام او التشريعات على اساسها ، كما يقول العميد دوجـــي وهذا مبدأ تقريري لا تقويمي ، وهو خلاف مهمة رسالة الاســـلام التي قوامها أمران :

" الصلاح والاصلاح "

وقد رأيت أن فقهاء السياسة من المسلمين ، قد بينوا مهمـــة الدولة ، بقولهم : " حمل الناس على مقتضى النظر الشرعي " وقولهم " خلافة النبوة في سياسة الدنيا ، وحراسة الدين " والحمل هو الالـــزام بالاصلاح جبرا ، وكذلك النيابة عن النبوة ، انما كانت " في مهمة الاصلاح " البشرى ولو كانت لا بقائها على ما هم عليه من الشـــر والفساد والباطل والظلم ، لما كان ثمة من حاجة ولا معنى لا تـــزال

الشرائع وارسال الرسل أصـلا •

وقد أكد القرآن الكريم ، ان مهمته هي الاصلاح العالمي ،وذلك باخراج الناس من الظلمات الى النور ، وجرى هذا المعنى على ألسنة الرسل وحكاه القرآن الكريم : " إن اريد الا الاصلاح ما استطعـت وما توفيقي الا بالله" وبقوله تعالى : " اخلفني في قومي ، واصلح ولا تتبع سبيل المفسدين " وقوله تعالى : " والله يعلم المفسد من المصلح " وليس العمل الصالح الا نتيجة لذلـك •

هذا ، وقد كان من واقع السياسة الاجنبية عملا ما يفيد ان مهمة تلك السياسة ، القاء بذور الشقاق بين الشعوب ، تمكينا لها من السيطرة عليها ، والتحكم فيها ومؤدى ذلك المبدأ " فرق تسد "وهو اساس السياسة وهو من صميم مبادئ السياسة الميكيافيلية ، في بعض الدول المعاصرة والله تعالى يقول : " لاخير في كثير من نجواهم ، الا من أمر بصدقة ، أو معروف أو اصلاح بين الناس " وقوله تعالى : " واصلح ولا تتبع سبيل المفسدين " والنص مطلق يشمل الناس كافة لا المسلمين خاصة •

ومن أخص مهمات السياسة الاسلامية ، التعاون الانساني العام على البر والتقوى ، لا التعاون على الاثم والعدوان ، والامر بالمعـروف والنهي عن المنكر ، وقد وصف القرآن الكريم تلك المهام في قوله سبحانه : (الذين ان مكناهم في الارض اقاموا الصلاة ، وآتوا الزكاة ، وأمروا بالمعروف ونهوا عن المنكر) كما وصف الدولة الاستعمارية المفسدة بما يصدر عن رؤسائها الذين يمثلونها بقوله تعالى : (واذا تولى ، سعى في الارض ، ليفسد فيها ، ويهلك الحرث والنسل والله لا يحب الفساد)

واذا قيل له اتق الله ، اخذته العزة بالاثم ، فحسبه جهنم وبئس المهاد) .

كما حذر القرآن الكريم من افساد ذات البين في مجتمع الدولة الواحدة ، ومن باب اولى بين الدول ، بقوله تعالى : " واتقوا الله ، واصلحوا ذات بينكم " .

هذا ، والتفرق والانشقاق ، وافساد ذات البين في مجتمع الدولة الواحدة ، ومن باب أولى بين الدول ، بقوله تعالى : " واتقوا الله ، واصلحوا ذات بينكم "

هذا ، والتفرق والانشقاق ، وافساد ذات البين ، اطلق عليها الاسلام " الحالقة" التي تحلق الدين ، وتعصف بالمبادئ والمثل ، ويعود الناس فوضى مضاعين وقد حذر الاسلام بوجه خاص ، من اشعال نار الفتن ، بقوله تعالى :" واتقوا فتنة لا تصيبن الذين ظلموا منكم خاصة "

هذا ، وقد رتب القرآن الكريم جزاءات دنيوية واخروية على احداث الشر والافساد في الارض ، بقوله تعالى : " ظهر الفساد في البر والبحر ، بما كسبت ايدى الناس ، ليذيقهم بعض الذى عملوا ، لعلهم يرجعون " .

٤ ـ ويتجه عليهم فيما ذهبوا اليه من مبدأ اكراه الحاكم الشعب على مبدأ يعتقده هو ، أن (العقيدة) ولو سياسية عنصر نفسي لا سبيل الى تأسيسها بالقوة المادية ، فضلا عن أنها لا تؤتي ثمارها عن هذه الطريق اى دون اقتناع ذاتي .

وايضا ، (الاكراه) الغاء للشخصية ، ومحو للارادة الانسانية

وهو مالا يقره الاسلام بحال ، حتى في العقيدة الدينية التي هـــي القضية الاولى ، لقوله تعالى : " ولوشاء ربك لآمن من في الارض كلهم جميعا أفأنت تكره الناس أن يكونوا موءمنين " ولقوله تعالـــى " لا اكراه في الدين ، قد تبين الرشد من الغي " كما اشرنا

٥ــ ويتجه عليهم في التمييز العنصرى ، بأنه ظلم وفساد كبيـــر فضلا عن أنه افتئات على أصل فطرة التكوين الانساني ، فكل تصـــرف على اساس هذا التمييز ، مناف لمقتضى العدل ، والمساواة ، فضـــلا عن الفطرة ، كما أسلفنا ٠

٦ــ ويتجه عليهم في فكرة " العملاق" التي قررها تاريخ الفكـــر السياسي الغربي أنه الاستبداد والطغيان بعينه ، وأن تشريعـــه الذى يصدر عن ارادته الفردية ، مظهر لهذا الاستبداد ، بدليـــل ان ليس للناس مناقشته ، ونحن نعلم ، ان الاسلام حارب " الطغيان " ايما محاربة ، وجسده في شخص " فرعون" ولهذا كان التشريـــع لله ورسوله ، وان الدولة مقيدة به ، وان تفسيره وتطبيقه مقيد بالشورى ايضا ، ولكن من اهله ، والمتخصصين فيه ، وهذه هي الشورى السياسية والتشريعية في الدولـــة ٠ وان رئيس الدولة مســئول ٠

فتلخص ان الاسلام يحرم الحرب للاستعمار ، او الاستعلاء العنصرى والجنوح الى استضعاف الشعوب في سبيل ذلك ، كما يهدم مبـــدأ " الحق للاقوى " لانه ظاهرة من الظلم والفساد والشر ، ويوجـــب الاصلاح بالتشريع الملزم ، وسلطة الدولة واقامة العدل العـــام والمساواة بين شعوب الارض ، فلا تفاضل بينهم بسبب أمر عارض بحكـــم ظروف البيئة ، كاللون ، واللغة ، بل بالعمل الصالح ، وكفل حريـــة

الاعتقاد والتدين ، وأرسى مبدأ " الحق للاعدل " وأوجب الشورى منعا للتفرد بالحكم ، او الاستبداد ، بالرأى وحارب " الطغيان " تحقيقا للمصلحة الانسانية العليا ، كما أرسى مبدأ التعاون المثمر على الصعيد الدولي ، تحقيقا للخير والانساني العام ، وتوثيقا للتواصل الحضارى ، واقام العلاقة الوثقى بين السياسة والخلق والدين وأوجب الجهاد والتضحيات الجسام ، بالاموال والانفس ، في فريضة ماضية الى يوم القيامة ، لاللكراه على اعتناق الدين ، بل اعلاء لكلمة الله في الارض ، وتحقيقا لتلك القيم الخالدة وحمايتها ، جمعا بين الحق ، والعدل ، والقوة ، بجميع معانيها ، مادة ومعنى .

ثامنا ـ الحقوق الفردية والحريات العامة في التشريع الاسلامي

منشأ الحقوق الفردية ، والحريات العامة هو هذا التشريع نفسه ، من واقع احكامه ، نصا أو دلالة ، وهذا بالاجماع .

ومعنى هذا ، أن مصادر التشريع هي مصادر الحقوق والحريات وليس ذات الانسان وهو ما قرره الامام الشاطبي بقوله : " واما حق العبد ، فراجع الى الله ، من جهة حق الله فيه ، ومن جهة أنه كان لله ألا يجعل للعبد حقا أصلا " .

ولعل خطبة الوداع اعظم وثيقة اشتملت على تقرير حقوق الانسان .

فالتشريع الاسلامي اذن هو اساس الحق او الحرية ، يقرره بحكم ومعلوم أن الحكم الشرعي اصوليا ، هو خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال " المكلفين " فالانسان ـ في شرع الله ـ هو انسان التكليف والمسئولية قبل أن يكون صاحب الحق أو الحرية .

أما أنه مكلف ،فلأن الحكم الشرعي يوجب تكليفا ، سلبا أو ايجابا حتى الحرية أو الاباحة تتضمن تكليفا ، لا من حيث أصل خيرة المكلف في الفعل أو الترك ، بل من حيث التصرف بمقتضاها ،اذ يوجب الشارع الا يكون مطلقا ، بل حسبما بين الشارع ورسم (٢) وهذا تكليف

على أن لنسبي أصل الخيرة ضربا من التكليف ايضا اذ ينبغي ان تكون الخيرة على وجه لا يلزم عنه ضرر بالغير راجح ، ولا سيما المجتمع ، والا كان لولي الامر تقييد المباح ، ايجابا او سلبا ، تقييدا موقوتا ، حتى تزول الظروف التي استدعت ذلك التقييد ، كما اسلفنا ومقتضى هذا التكليف بالوجوب او المنع

وأما أنه مسئول ، فلان من المقرر عقلا وشرعا ، أن لا تكليف بلا مسئولية .

على أن مسئولية الانسان عن تصرفه في جميع وجوه نشاطه الحيوى مقررة بنصوص قاطعة ، من مثل قوله تعالى : " وان تدع مثقلة الى حملها ، لا يحمل منه شئ ، ولو كان ذا قربى " وقوله تعالى " كل امرئ بما كسب رهين " وقوله تعالى في مسئولية الرسل المرسلين ومن ارسل اليهم : " فلنسألن الذين ارسل اليهم ولنسألن " وقوله تعالى : ولا تزر وازرة وزر اخرى " وان ليس للانسان الا ما سعى وان سعيه سوف يرى ثم يجزاه الجزاء الاوفى وقوله تعالى : لها ما كسبت

---

١) راجع كتابنا الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده : ص٦٩ وما يليها

٢) يقصد بالتكليف السلبي ، التحريم والكراهة التحريمية وبالايجابي الفرض او الواجب .

وعليها ما اكتسبت" وقوله صلى الله عليه وسلم " كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته .. الحديث " .

وغير ذلك من الآيات والاحاديث الشريفة .

وأيضا ، اذا كان التكليف هو توجيه الخطاب الى البالغ العاقل بواجب يطلب اليه اداؤه الزاما ، سلبا أو ايجابا ، فان هذا الواجب لا بد أن يقابله حق ينشيء سلطة تمكن المكلف من الاداء والا تعذر النهوض بالتكليف ، اذ لا واجب بلا حق ، فالتكاليف اذا ادينت كانت حقوقا للغير ، فتقرير الحقوق اذن كان عن طريق التكاليف كما ترى !

غير ان التشريع الاسلامي — فيما يبدو — قد أولى عنايته أداء الواجبات قبل تقريره منح الحقوق ، والحريات ، اهتماما بشأن الواجب والتكليف ، ذهابا منه الى أن في النهوض بهذه الواجبات على وجهها الاكمل ، ضمانا كافيا لصيانة الحقوق ، والحريات نفسها ، ان يطغى عليها او تهدر ، أو يساء استعمالها .

فضمان الحقوق والحريات العامة — كما ترى — منشوءه التشريع نفسه ، بما فرض من تكاليف ، وليس من تقييد سلطة الحكم بها أي بأمر خارج عن هذا التكليف ، على ما ذهب اليه فلاسفة الفقه الوضعي ، لان ابتداعهم لنظرية الحقوق الفردية وما تخيله الفقهاء والفلاسفة من أصل نشأتها وطبيعتها ، واطلاق التصرف فيها ، كمبررات لتقييد سلطة الحكم ، انما كان مرده ، " الحكم المطلق" وهذا يتصور في غير التشريع الاسلامي لسبب بسيط ، هو أن سلطة التشريع في الاسلام لله ورسوله لا للحاكم ، فسلطته اذن مقيدة بالشرع نفسه ابتداء .

هذا فضلا عن " العقيدة" ضمانا للحريات والحقوق ، وبيان ذلك:

، ان الحقوق الفردية ، والحريات العامة ، اذا كان منشؤها التشريع الالهي نفسه اعتقادا ، وكانت ممارستها او التصرف فيها على النحو الذى رسم هذا التشريع ، امتثالا لله تعالى ، وطاعة في التكليف ووفاء بالمسئولية ، لزم عن ذلك أن يكون كل حق وحرية مظهرا لهذه العقيدة نفسها ، لا أثرا لمطلق الغريزة والهوى ، وهذا يؤول بالحرية الى أن تكون ممارستها عبادة وخلقا ، تتمثل في أداء امانة التكليف ، ابتغاء مرضاة الله سبحانه ، قبل ان تكون سياسة وتدبيراً او تصرفا سياسياً .

ومن هنا ، كانت الحرية العامة ، أو الحق الفردى ممارسة ناشئا عن اعتقاد ثبوتها ، بالتكليف والمسئولية شرعا ، فكان هذا الاعتقاد هو منطلق ممارستهما ، عملا في المجتمع لا دوافع الغريزة والهوى ، أو الاثرة والانانية ، ولا تبعية التقليد .

وتأسيسا على هذا ، لا يمكن تصور الانسان حرا ، بالمفهوم الاسلامي ، الا منذ أن أصبح يعتقد أنه مكلف ومسئول لا في أصل جبلته ، لان هذا الاعتقاد بثبوت الحق او الحرية ، بالتكليف ، هو منطلق ممارستهما عملا ، كما اشرنا ، وقبل ذلك ، كان تحكيم الغريزة والهوى والاثرة ، او التقليد والمحاكاة ، وفي الاولى عبودية لا حرية فيها ، وكذلك في الثانية ، لما فيها من الغاء للارادة والشخصية والهوى والتقليد كلاهما يتغلبان على حكمة العقل ويقظة الضمير كما أشرنا ، ولذا كانا هما العدو الاول للاسلام .

واذا كان كل من ممارسة الحرية والحق ، ناشئا عن الاعتقاد بثبوت أصلهما بالتكليف والمسئولية عنه ، لا قبلهما لزم عن هذا ، ان

الانسان لم يخلق مزودا بالحقوق والحريات بأصل جبلته ، وانما خلق ليكون حرا بالتكليف والمسئولية . وهذا الاصل في الاسلام على النقيض مما ذهبت اليه الديمقراطية السياسية ذات النزعة الفردية ، وفلسفتها الخيالية ، وهو ما أشار اليه الامام الشاطبي بقوله : " وأما حق العبد فراجع الى الله ، من جهة حق الله فيه ، ومن جهة أنه كان لله الا يجعل للعبد حقا اصلا "

اذن ، التشريع الاسلامي هو الذى انشأ الحق انشاء ، وضمنه مفهوما معينا حدده بأحكامه ومبادئه ، ووضع دستورا لممارسته يحقق ذلك المفهوم عملا ، وهذا أمر واقعي ومحسوس ، وليس ذات الانسان منشأ للحق ، ولا القانون الطبيعي ، لان هو محض فلسفة وخيال ، دفع اليه الرغبة في التخلص من استبداد السلطة الحاكمة ، او ظلم الملوك في القرن الثامن عشر .

وعلى هذا ، فالاصل ان المسلم الحق ــ في هذا التشريع ــ هو انسان التكليف والمسئولية قبل أن يكون صاحب الحق والحرية ، لما أسلفنا ، وانه ليس انسان الانطلاق والفوضى الذى يفعل ما تملي عليه رغائبه وشهواته ومنافعه الذاتية بحيث يكون همه الافلات من استبداد سلطة الحكم ، ومن التبعات التي يلقيها على عاتقه المجتمع ، لان هذه الاوضاع ينكرها الاسلام .

فالحريات العامة والحقوق كافة ، منظور اليها من خلال التشريع الاسلامي نفسه أولا ، نشأة ومفهوما ، وضمانها بالتكاليف ، وقد منحت او شرعت لغايات مرسومة شرعا ينبغي على أربابها ان يمارسوها على نحو يفضي الى تحقيق تلك الغايات ، وهذا لا يتفق مع الاطلاق والهوى

والفوضوية في شــــيء •

ومن هذا ، يبدو لنا ، ان اعتبار الحق او الحرية خصيصـــة طبيعية للانسان الفرد ، قد خلق مزودا بها ، على النحو الـــذى رأينا في الفلسفة الفردية ، كيلا يكون للحاكم سلطان عليها ، انما كان مجرد افتراض فلسفي ، او تخيل وهمي اختلق تبريرا لمقاومة الاستبداد في الحكم ، أو ضمانا ـ كما قيل ـ للحد من العسف السياسي ، حتى لم يعد للحرية من معنى في تلك الفلسفة الا الافلات من سلطات الدولة وليس هذا النظر مما يتفق و طبيعة الحقوق والحريات العامة في الاسلام في شيء ، لا من حيث المنشأ ، ولا من حيث المفهوم ، ولا من حيث الدواعي والمبررات التي اقتضتها ظروف خاصة لم يعرفها المجتمع •• الاسلامي •

أما من حيث " المنشأ " فظاهر ، لان اصل الحق هو الشـــرع وليس ذات الانسان ، او القانون الطبيعي الذى كان ظهيرا للنزعـــة الفردية ، بدليل أن أصحاب هذه الفكرة ، قد اخذوا ينكصون عنها •

وأما من حيث المفهوم ، فلان كلا من الحق الفردى ، أو الحرية العامة في الاسلام ، ذو مفهوم فردى واجتماعي معا ، على ما سيأتـــي بيانه ، الامر الذى ينافي معنى الفردية الخالصة ، والاطلاق في التصرف وفق المشيئة والهوى والاثرة ، فضلا عن معنى الافلات من استبـــداد السلطة ••

وأما من حيث " المبررات " فانها غير ذات موضوع في هذا التشريع لسبب بسيط هو ان الاسلام لا يجيز الاستبداد بحال ، أو اى لون من الوان الحكم الظالم ، اذ التشريع لله ولرسوله ، لا للارادات الانسانيـــة

المتغيرة بما يوجهها من نوازع وأهواء وأثره وانانيات ، فهذه المشكلة لا يعرفها الاسلام على الاطلاق .

تاسعا ـ الاسلام بتشريعه السياسي بوجه خاص ، وبتشريعه العام ، رسم طريقا عمليا لتحقيق الحريات العامة في معانيها الحقة حتى لا تغدو صورا بلا مضمون ، وشكلا بلا معنى .

التشريع الاسلامي ـ في واقع الامر ـ جاء لتحرير الانسان ، نفسا ، وعقلا ، وارادة ، من سلطان الهوى ، وتبعية التقليد .

وباعتبار أن " الانسان " مدني بالطبع ، كما يقول العلامة ابن خلدون ، لا يسعه العيش الا في مجتمع ،، كانت " الغاية" من منحه الحق او الحرية ، في الاسلام مزدوجة ، وهي تحقيق المصلحة لنفسه ولمجتمعه في آن معا ، على نحو يؤصل معنى الكرامة، ودرء الضرر والمفسدة عنهما ، وإزالة العقبات التي تعترض سبيل المجتمع في نموه وازدهاره وهذه غاية اجتماعية وانسانية ، فكان الاسلام ذا نزعة جماعية بلا مراء ، لمراعاته المصلحتين : الخاصة والعامة على السواء .

وقد أوضحنا آنفا ، ان لا انفصال " بين الصالح العام والصالح الخاص في هذا التشريع ، فهما متعاونان متكافلان ، وهذه " الغاية" المزدوجة هي محور التشريع الاسلامي كله كما أشرنا ، ولا يقر الاسلام تناقضهما ، بل يوجب رفعه بقواعد محكمة .

وقد أدرك هذا المعنى بعض الكاتبين المحدثين بقوله : " ومهما تكن ـ الحقوق ـ شخصية ، لا يمكن أن تكون منفصلة انفصالا كاملا عن حقوق الناس [1] ـ

1) المجتمع الانساني : ص ١٩ ، أبو زهرة .

ولا يقصد بالمعنى الاجتماعي والانساني في الحق الفردى والحرية العامة ، الا هذا .

وبدهي انه اذا استحال انفصال " الحق الفردى " عن حقوق الناس ، او حق المجتمع ، " فمصلحة " كل منهما ، لا تنفصل عن الاخرى كذلك ، وهو ما أشرنا اليه آنفا من ان سلامة الصالح العام شرط اساسي لتمكين الفرد من الانتفاع بحقوقه وحرياته .

ومعلوم ان الحق ليس الا وسيلة للمصلحة التي شرع من اجلها .

وتأسيسا على هذا ، كان مفهوم الحق والحرية مشتقا من هذه الغاية المزدوجة التي هي محور التشريع كله حتى لا تتناقض الجزيئات مع الاصول العامة ، او مع الاساس العام للتشريع كله .

وقد تمثلت هذه " الغاية الانسانية " من خلق الحياة والموت اجمالا ، في قوله تعالى : " تبارك الذى بيده الملك ، وهو على كل شيء قدير ، الذى خلق الموت والحياة ، ليبلوكم أيكم احسن عملا "

أى للفرد والمجتمع معا ، على ما دل عليه الاستقراء ، ذلك أن حسن العمل لا يمكن أن يتم بالاحسان الى الذات ، والاضرار بالمجتمع .

الاصل أن المعنى الاجتماعي والانساني عنصر جوهرى في مفهوم الحق والحرية ثابت شرعا بالاستقراء وهو مناط المشروعية في التصرف أو الاستعمال اساسها العدل ، اذ لا عدل حيث تنتفي المشروعية ضرورة فكان هذا الاصل منافيا للفردية في مفهوم الحق والحرية ، والاطلاق في التصرف فيهما ، وهو ما استقر اصلا في الديمقراطية السياسية ذات

النزعة الفردية •

ان المعنى الانساني أو الاجتماعي عنصر جوهرى • في ملاك مفهوم الحق أو الحرية ثابت • في الاسلام قطعا • الى جوار عنصره الذاتي • بحيث غدا ذلك المعنى الانساني جزءاً من مناط مشروعيته • والا فلماذا جرم الاحتكار • تحريما قاطعا وبالاجماع[1] اذ أضر بالمجتمع ؟ ليس من اليسير اذن أن يقال بأن الحرية الاقتصادية في الاسلام هكذا قولا مرسلا على عواهنه دون تحقيق اصولي على النحو الذى قرره العلامة ابن خلدون في مقدمته • لاتصال ذلك بالمشروعية والعدل في الاسلام •

وبيان ذلك • انه اذا كان المعنى الغيرى أو الاجتماعي الثابت بمقتضى الاصل القطعي المعنوى العام : " حق الغير محافظ عليه شرعا " عنصرا جوهريا في مفهوم الحق الفردى • او الحرية العامة • بحيث ينعكس اثره على مدى السلطة في استعماله • حتى غدا هذا العنصر الاجتماعي مناطا للمشروعية • تدور معه • وجودا وعدما • أو قل مناطا للعدل في الاسلام • لان ما لا يكون مشروعا لا يكون عدلا

---

١) ذهب بعض الحنفية الى أن الاحتكار " مكروه تحريما " خلافا للكاساني ومعلوم ان الحنفية لا يفرقون بين الحرام والمكروه تحريما من حيث العمل • اذ يوجبون المنع في كل منهما غير ان الفارق يتصل بأمر اعتقادى فحسب • هو كفر جاحد المكروه تحريما وعدمه • وهذا امر وراء التشريع العملي الملزم •

اقول اذا كان ذلك كذلك ، فان القول بالحرية الاقتصادية بما هو تأكيد لمعنى " الفردية" في الحق ، والاطلاق في التصرف ،يستلزم مبدئيا ـ اسقاط هذا المعنى الاجتماعي من مفهومه ،لما قدمنا من ارتباطه بالمشروعية ابان التصرف ، وهو ما لايجوز بحال ،لما قدمنا ، من ارتباطه بالمشروعية التي اساسها العدل ، ولذا كان حقا من حقوق الله تعالى ، ونظامه الشرعي العام ، ومن هنا نشأ تحريم الاحتكار ـ على سبيل المثال ـ الذى هو في حقيقته مظهر لحرية التصرف في الملك على نحو سلبي(١) .

وتأسيسا على هذا ، فان (الحرية المطلقة) في النشاط الاقتصادى ، والاجتماعي ، والسياسي ، بما تستلزم من وحدة المناط وهو اسقاط المعنى الاجتماعي والانساني الذى تمثل في الاضرار بالمجتمع ضررا فاحشا ، ليست اصلا من اصولنا ، لمنافاتها للمشروعية والعدل ، واخلالها بجهة التعاون ، وهو ما أشار اليه الامام الشوكاني ، والزيلعي ، ومن قبلهم الامام مالك وغيره من الائمة .

وأيضا ، تبدو جوهرية ، المعنى الاجتماعي في مفهوم الحق بمعنى العدل ، وجودا وعدما فيما يرشدك الى ان قيام المشروعية بتقيد بمراعاته ، وانتفاءها رهن باسقاطه ، والتقييد ينافي الاطلاق بداهة .

وقد رأينا ، أنه حين انتفى هذا العنصر الاجتماعي والانساني بالحرية في التصرف في الملك احتكارا ،تجرد استعماله من العدل

---

١) لان الاحتكار هو حبس السلع او المنافع والامتناع عن بيعها والناس في حاجة ماسة اليها ، تربصا بالناس الغلاء ، والامتناع تصرف سلبي .

والمشروعية ، وكان الظلم ، وهو الملحظ القوى الذى اعتمده الامام الكاساني في كتابه " البدائع " اساسا لتحريم الاحتكار على وجه القطع[1] ، بناء على تحقق معنى " الظلم " فيه ، ولا منشأ للظلم في الاحتكار الا آثاره من انهيار المعنى الاجتماعي او الغيرى وهو الاضرار بالمجتمع ، فثبت — بالمفهوم المخالف — ان صون المجتمع او الصالح العام ، عن الاضرار ، ابان التصرف في الحق الفردى ، او الحرية العامة ، هو منشأ العدل فيه ، وهو المعنى الاجتماعي في الحق الفردى ، او رعاية جهة التعاون •

فتلخص ، أنه اذا كان اسقاط المعنى الاجتماعي من مفهوم الحق الفردى بالحرية المطلقة في التصرف فيه كسبا وانتفاعا ، فان مراعاة ذلك المعنى الاجتماعي وتحقيقه عملا[2] ، عدل لا ريب فيه عملا بالمفهوم المخالف ، بل هو من أقوى صور العدل في الاسلام لوصفه بحق الله تعالى ، كما بينا •

---

(١) من ادلة الامام الكاساني هذا الدليل العقلي ، فضلا عن الادلة التفصيلية النقلية البدائع : ج ص

(٢) يعبر الامام الشاطبي عن اسقاط المعنى الاجتماعي من مفهوم الحق ، بعدم مراعاة " جهة التعاون " التي أوجبها الله تعالى تشريعا تكافليا ملزما في الفروع والجزئيات ابان التصرف في الحقوق والحريات ، لقوله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان •

هذا ، واكثر ما يطلق " جهة التعاون " على المصلحة العامة ورعايتها اذ تدخل في مفهوم "البر" دخولا اوليا — الموافقات : ج ص

فتبين بجلاء منافاة الحرية المطلقة في التصرف في الحق — ومنها الحرية الاقتصادية — لمقتضيات المشروعية والعدل في الاسلام ، فكيف يتأتي للعلامة ابن خلدون ان يقول بتلك الحرية المطلقة في الوقت الذى يعترف فيه بتحريم الاحتكار ؟؟ تناقض ظاهر .

هذا ، وليس حكم الاحتكار تعبديا غير معقول المعنى ، او لا يمكن ادراك " العلة " التي أوجبت حكمه وهو التحريم ، بل هو معقول المعنى — كما يقول الاصوليون — اذ الضرر العام هو اساس الحكم بالتحريم ، اجماعا ، وينسحب هذا الحكم حيثما تحققت علته ، في كافة المواطن التي يساء فيها استعمال الحق او الحرية العامة قياسا وطردا للعلة ، فيكون الحديث خاصا في منطوقه ، لتعلقه بالاحتكار ولكنه عام في معناه بعد التعليل ، فيشمل كافة الحقوق من حيث ممارستها

وعلى هذا ، فالشرع اذ يوجب على كل مكلف رعاية " جهة التعاون "[1] على حد قول الامام الشاطبي ، تعبيرا عن مصلحة المجتمع — ابان تصرفه في حقه ، أو ممارسته لحريته العامة ، ويجعل هذه الرعاية مناط المشروعية والعدل — كما رأيت — فانما يؤكد " مبدأ التكافل الاجتماعي الملزم " في التشريع الاسلامي ، بين الفرد والمجتمع ، كيلا يقع التناقض بين مصلحتيهما ، والا كان الظلم لانتفاء المشروعية في التصرف الفردى . فالتكافل الاجتماعي اذن ، اساسه العدل ، كما ترى ، ولا نقصد بالمعنى الاجتماعي والانساني في مفهوم الحق الفردى او الحرية العامة الا هذا .

---

(١) الموافقات : ج٢ ص٣٥٨

وعلى اساس التكافل ـ وهو العدل ـ تقيد الاوامر والنواهي ابان تطبيق موجباتها في العمل والوقوع ، على ضوء من مآلات هذا التطبيق ، اذ لا يعقل ان يصطدم موجب الامر أو النهي في هذا التشريع مع أساس العدل فيه .

فتأدى بنا هذا النظر الى أن الحرية المطلقة سواء في السياسة ام الاجتماع ، أم الاقتصاد ، تنافي التكافل حتما ، للفردية والاطلاق ، فكانت منافية لاساس العدل والمشروعية ضرورة ، ولذا قلنا انها ليست اصلا من أصولنا .

على أن العلامة ابن خلدون لا يسعه ان ينكر سبب سقوط " المشروعية " عن حرية التصرف في الملك احتكارا ، وهو مآل تلك الحرية الذى تمثل في الضرر العام ، فكان ذلك دليلا قاطعا على أن قيام مشروعية التصرف في الحق وانتفاءها ، قد غدت رهنا بآثاره ، مصلحة أو مفسدة ، وهو ما يستلزم نفي معنى الاطلاق عن الحرية قطعا كما ترى ..

وترتب على هذا ، أنه اذا انتفى معنى الاطلاق عن الحرية في التصرف في الحق او الحرية العامة ، انتفى معنى الفردية او الذاتية الخالصة من مفهومه قطعا ، وثبت بالتالي المعنى الاجتماعي فيه الى جواره ، وهو ما صرنا اليه فكانا عنصرا مزدوجا فيه ، وهو ما استقر اصلا معنويا عاما (١) ثابتا قطعا ـ على حد تعبير الامام الشاطبي ـ اورث مفهوم الحق والحرية بالاضافة الى العنصر الخاص الذى يتعلق

---

١) المرجع السابق .

بمصلحة صاحبه أصالة ، المعنى الاجتماعي عنصرا جوهريا فيه ، لا مجرد قيد يرد عليه من خارج ، كما بينا ، بدليل أن مشروعية التصرف في الحق غدت رهنا بقيام هذا المعنى الاخير كملا ، فكان جزءا من مناط المشروعية ، بحيث تسقط اذا انتفى واقعا وعملا ومن مثل الاحتكار بيع الحاضر للبادى ، وتلقى السلع ، ومنع بيع الاسترسال ، وبيع المضطر وشرائه ، وتقرير حق الفسخ بالنسبة للمضرور عند اختلال التوازن في اقتصاديات عقد الايجار بالاعذار ، ووضع الجوائح في بيع الثمار ، بتخفيض الثمن عن المشترى المضرور بقدر التالف منها ، بفعل النوازل الطبيعية التي لم يكن لاحد المتعاقدين يد في احداثها ولا قبل له بدفعها ، وتحريم انتفاع المرتهن بالعين المرهونة وغير ذلك كثير ، استقراء ، لسقوط المعنى الاجتماعي للحق في الممارسة والعمل في كل اولئك ، سواء أكان الضرر والراجح خاصا أم عاما ، دفعا له وترسيخا لمبدأ التكافل الملزم في التعامل ولا سيما عند حلول الازمات ، منعا للاستغلال والضرر مما يستلزم القول بانتفاء الحرية الاقتصادية التي ذهب اليها ابن خلدون ، اذ لا تجتمع مع المعنى الاجتماعي والانساني الذى قرره الاسلام في مفهوم الحق او الحرية العامة او حق التملك بداهة .

واذا كان هذا ثابتا في حق الملك أو حق التملك وهما من أعظم الحقوق أهمية في التشريع ، لكونهما دعامة اساسية في التنظيم الاجتماعي والاقتصادى والسياسي كان ثابتا في غيرها من الحقوق والحريات سواء بسواء بالتعليل ، ولا ندراجها في الاصل القطعي المعنوى العام من وجوب المحافظة على " حق الغير " شرعا والتمييز تحكم ، اذ العدل لا يتجزأ .

عاشرا : الفرد - في التشريع الاسلامي - ذو وجود دولي

ومما يؤكد ارتباط المصلحة الفردية بالمجتمع والدولة ، ان هذا التشريع لم يحدد مركز الفرد فيه على اساس من محض فرديته ، كانسان مستقل منعزل ، يدور تصرفه في حقوقه وحرياته حول محور صالحه الذاتي ، أنانية وأثرة ، ولا على اساس وصفه كائنا اجتماعيا فحسب بل تعدى ذلك الى أن جعله ذا وجود دولي ، كالامة ، سواء بسواء والدولة مسئولة عما يمنحه من عهد .

وبيان ذلك ، انه بانتمائه الى الاسلام ، معتقدا ، ودينا ، وتشريعا ، أضحت الدولة مسئولة عنه تجاه الدول الاخرى ، ولهذا تعقد المواثيق الدولية حفاظا على حقوقه ، وتأمينا لحرياته وحرماته في حله وترحاله ، ومنشأ هذا ، هو الوجود الدولي للفرد في الاسلام .

وليس هذا فحسب ، اذ قد يقال انه ثابت الآن في جميع الشرائع بل نرى الاسلام ، يعتبر ما يصدر عن الفرد المسلم من " عهد " يجير به طائفة من المحاربين ، أو يؤمنهم على أنفسهم واموالهم ، " عهدا " تلتزم به الدولة نفسها ، بشرط أن يعرض على رئيسها الاعلى أو من ينيبه عنه في ذلك ، بل اعتبر عهد الفرد ولو كان " عبدا "

فقد كتب ابو عبيدة - وكان قائد الجيش - الى عمر - رضي الله عنه وهو الخليفة ان " عبدا " أمن أهل العراق ، وسأله رأيه ، فكتب اليه

عمر : " ان الله عظم الوفاء ، فلا تكونون اوفياء حتى تفوا ، فوفوا لهم ، وانصرفوا عنهم " وحجة عمر فيما ذهب اليه ، قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ " ويسعى بذمتهم أدناهم " بل أقر أمان " المرأة " لقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ " قد أجرنا من أجرت يا أم هاني " .

هذا ، والجمهور على وجوب احترام أمان الرجل الحر المسلم(1)

فتلخص ان الاسلام لم يمنح الفرد حقوقه وحرياته العامة ، فحسب بل انشأ له كيانا دوليا ، وأوجب على الدولة الوفاء بعهده وامانه ، بشرط موافقة رئيس الدولة ، او من ينيبه على ذلك .

حادى عشر : الحقوق الفردية ، والحريات العامة ، بمفهومها الاجتماعي والانساني ، بعضها من أعظم مقاصد التشريع قوة ، واعلاها مرتبة ، كحق الحياة ، وهي الضروريات ، وبعضها من المقاصد الحاجية ، كحرية الرأى ، وهي اصل مقطوع به في الشرع ، ولا يجوز الغاؤه ، او مصادرته .

الحرية هي المكنة العامة التى قررها الشارع للافراد على السواء تمكينا لهم من التصرف على خيرة من أمرهم ، دون الاضرار بالغير من الفرد او المجتمع .

وهي نوعان :

١ ـ الحريات العامة التي تتعلق بالمصالح المادية ، وذلك كحرية التجارة ، والتملك وحرية الصناعة

---

١) الرسالة الخالدة : ص ١٣٠ للاستاذ عبد الرحمن عزام .

٢- الحريات العامة التي تتعلق بمصالح معنوية ، وذلك كحرية العقيدة والعبادة ، وحرية التفكير وابداء الرأي .

والواقع أن هذه الحريات تعتبر حاجات أولية للانسان تقتضيها فطرته ، فقررها الشرع استجابة لتلك الفطرة .

فالفطرة اذن - في نظر الاسلام - قد جاءت الى المجتمع بحاجات تفتقر اليها ، ولم تجئ بتشريع ناشئ عنها ، وان كانت تنطوي على مواهب تقدرها على تفهم التشريع ، أو تقديره .

أما حرية العقيدة ، فقد تقدم لنا القول فيها ، والاسلام هو أول تشريع اقر مبدأ " حرية العقيدة " فيما نعلم .

وأما حرية الرأي ، فاكبر مظهر لها هو الاجتهاد بالرأي في هذا التشريع الذي قام على أساسه هذا التراث الفقهي العالمي ، والمجتهد مأجور على اجتهاده اذا كان كفؤا ، قد اقام كافة الادلة وبذل أقصى جهده العلمي ، في موضع البحث ، ولو أخطأ الحقيقة والصواب في واقع الامر .

ومعلوم ، ان علي بن ابي طالب - كرم الله وجهه - قد رفض الخلافة حين طلب اليه ان يتخلى عن اجتهاده ، ويعمل باجتهادات ابي بكر وعمر .

فالاجتهاد بالرأي اذن هو بذل أقصى جهد علمي من أهله في سبيل البحث عن الحقيقة ، لامجرد ابداء الرأي بالهوى .

وعلى أي حال ، فان حرية الرأي في الاسلام مكفولة ، بل واجبة كفائيا كالشورى ، لانها ضرب من المشاركة السياسية ، ولكن بشرط أن تحقق معناها الاجتماعي والسياسي فلا تكون صورية تضر بالصالح

العام ، أو بالغير من الافراد ، لقوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا ، اتقوا الله وقولوا قولا سديدا " وقوله سبحانه : " قل لعبادى يقولوا التي هي أحسن " وقوله تعالى : " قول معروف ومغفرة ،خير من صدقة يتبعها أذى " وقوله تعالى " والذين هم عن اللغو معرضون " واللغو ليس هو مجرد الثرثرة ، بل هو القول المنافي للحكمة والسداد ٠

وحرية الرأى قد تتخذ نوعا من النقد او النصح النزيه البناء ،وهو مطلوب ٠

هذا ، وحرية التفكير والرأى في العلم لاستجلاء الحقيقة ، امر حيوى للتقدم العلمي نفسه ، وهو واجب ، فالعقل بدون حرية شيء لا غناء فيه ، والحرية بدون عقل ، فوضى وفساد وثرثرة لا يقوم على اساسها علم ولا حضارة ٠

واعتبر القرآن الكريم تعطيل العقل ،ارتكاسا الى دركة الحيوان الاعجم لقوله تعالى : " ولقد ذرأنا لجهنم كثيرا من الجن والانس لهم قلوب لا يفقهون بها ، ولهم أعين لا يبصرون بها ، ولهم آذان لا يسمعون بها ، اولئك كالانعام ،بل هم أضل ،أولئك هم الغافلون ٠

وكذلك " الشورى " من أهم مظاهر حرية الرأى في الاسلام ،ولا سيما من الناحية السياسية ، على ما سيأتي تفصيله ٠

أما كون هذه الحريات من المصالح الحاجية ،فلان أصل الحياة يثبت بدونها ، ولكن مع ضيق ومشقة غير معتادة ، تخلف ، وهذا منفي في الدين ، فوجب دفعه ، وذلك بالمحافظة على هذه الحريات فضلا عن أنها بمعناها الاجتماعي ـ أساس التقدم وازدهار ٠

ثاني عشير : الحريات العامة ، او حقوق الانسان قد وردت في

القرآن الكريم في صورة تكاليف بنصوص آمرة ، وذلك ضمانا الالزام بها وتنفيذها ، كما وردت في السنة ، ولا سيما في خطبة الوداع :

القرآن الكريم دستور الامة ، فالنصوص التي قررت حقوق الانسان دستورية ، تعلو على كل اجراء ، وتقضي على كل نظام اجتهادي تتخذه الدولة ، فكان ذلك اكبر ضمان لصيانة هذه الحقوق والتقيد بها ، عقيدة وامتثالا لامر الله .

وما يقال في الكتاب العزيز يقال في السنة الصحيحة ، اذ هي وحي معنى واجبة العمل ، كالقرآن ، سواء بسواء .

بينما نرى الاعلان العالمي لحقوق الانسان ليس له قوة الزامية وان كان من المسلم به لدى أنه كدستور ينبغي أن تتقيد به كل دولة وليس أدل على ذلك من معاملة اسرائيل للعرب المناهضين لها ، والمقيمين فيها اذ تعاملهم بوحشية لم يشهد العالم لها نظيرا في حين انهم يناهضونها دفاعا عن أرضهم وبلادهم ، لانهم اصحابها الشرعيون فالمغتصب ذو حق ، والمعتدى عليه المجاهد في سبيل دينه وبلاده مخروب ؟ .

ولو كانت الدولة في اسرائيل اسلامية لكان اليهود رعايا يحكمون بعدل الاسلام ، ويعاملون على قدم المساواة مواطنين ، لهم ما لنا وعليهم ما علينا ، ذلك هو تشريع الله عز وجل .

ثالث عشر : حق المساواة في الاسلام

المساواة هي أساس العدل ، ولذا كانت مبدأ عاما يطبق على

الرعية داخل الدولة وبين الشعوب على الصعيد الدولي ، كركن أساسي من السياسة الخارجية دون حيف أو محاباة أو تمييزه بلون او عنصر ، او اختلاف الدين ، لما يأتي :

١ــ لقوله تعالى : " يا أيها الناس انا خلقناكم من ذكر وانثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا ، ان اكرمكم عند الله اتقاكم

٢ــ وقال تعالى : " وما أموالكم ، ولا أولادكم بالتي تقربكم عندنا زلفى ، الا من آمن وعمل صالحا " .

٣ــ وجاء في خطبة الوداع قوله عليه الصلاة والسلام : " يا ايها الناس، ان ربكم واحد ، وان اباكم واحد ، كلكم لآدم ، وآدم من تراب اكرمكم عند الله اتقاكم ، ليس لعربي على عجمي ولا لعجمي على عربي ولا لاحمر على ابيض ، ولا ابيض على أحمر ، فضل الا بالتقوى ... الا هل بلغت ؟ اللهم فاشهد " .

٤ــ وقال عليه السلام في شأن الذميين : " من آذى ذميا فانا خصمه ، ومن كنت خصمه خصمته يوم القيامة .

٥ــ وقصة القبطي الذى شكا الى عمر بن الخطاب اعتداء ابن والي مصر ، عمرو بن العاص عليه باللطم معروفة .

٦ــ وعمر هو الذى سوى بين الذمي والمسلم في كفالة العيش عند الهرم .

وكذلك المساواة امام القضاء ، وفي تقليد الوظائف العامة تحقيقا لتكافوء الفرص .

أما المساواة في التكاليف العامة ، كالزكاة ، فتعتبر مقابلا عادلا للمساواة في الحقوق والحريات العامة .

رابع عشر ـ حق التملك بالطرق المشروعة :

هذا الحق سبيل لكسب حق الملكية ، وقد رأينا أن حق الملك ثابت في هذا التشريع بنصوص قاطعة ، فكان اصلا في النظام الاجتماعي والاقتصادى ، ومعلوما من الدين بالضرورة ورأينا ايضا " الوظيفة الاجتماعية للحق " او المعنى الاجتماعي فيه عنصر جوهري في مفهومه منذ أن شرع ، ولم يكن هذا المعنى أثرا لتطور الحياة بالناس على النحو الذى رأينا في القوانين ذات النزعة الفردية التي أخذت تعدل من نظمها في هذا القرن العشرين نتيجة للتطورات التي طرأت على الحياة الاقتصادية والاجتماعية بظهور الصناعات الضخمة وانتاجها الكبير ، واختراع الالات .

ومن آثار الوظيفة الاجتماعية للحق ، نشأ مبدأ نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة على ما قرره الامام الشاطبي ، عند التعارض المستحكم .

ويقول الشيخ ابو زهرة في هذا الصدد : " أن يكون في النزع نفع عام ، وقد روى ان النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ حمى أرضا بالمدينة ومنع ملكيتها الخاصة ، وجعلها لعامة المسلمين ينتفعون بها " ويجب التعويض وقد حمى عمر أيضا أرضا بالربذة .

على أن حق الملك بما هو ذو مضمون اجتماعي ينهض بالتكافل على وجه ملزم ، اداء لما له من وظيفة اجتماعية ، فانه يتعلق بمحله حق المجتمع ، ويزداد تعلق هذا الحق بما عند المالكين ، كلما ازدادت أزمة المجتمع تفاقما ، وهو ما قرره الحنفية .

وقد أدرك بعض المحدثين هذا المعنى المستخلص من فقه المحققين من علماء المسلمين ، حيث يقول ، : (وانه كلما اشتدت

الحاجة ، عظم حق الناس في الاموال المملوكة وضيقت حرية التصرف والانتفاع وحرية المنع والامتناع "(1) وهذا هو المعنى الاجتماعي والتكافلي في حق الملك .

فمبدأ التكافل الاجتماعي في الاسلام ، ليس مبدأ خلقيا يترك تنفيذه للارادة الخلقية للمكلف ، بل هو تشريع ملزم ينفذ بسلطان الدولة كما ترى ، تحقيقا للمعنى الاجتماعي في مفهوم الحق الذى هو مناط العدل ، كما علمت ، والعدل واجب اقامته وتنفيذ مقتضاه .

خامس عشر — الحقوق الاجتماعية في الاسلام :

لم يقتصر الاسلام على تقرير الحقوق السياسية ، بل شرع حقوقا اجتماعية تجعل للحقوق السياسية التي قررناها آنفا معنى وحقيقة وتمكن الفرد ان يمارسها على الوجه المجدى ، لنفسه ومجتمعه ، وهذا دليل بين على نزعة الاسلام الجماعية التي ترعى حق الفرد والمجتمع معا .

يؤكد هذه النزعة ، أن الدولة في الاسلام ذات وظائف ايجابية عامة قد نهضت بها الفروض الكفائية ، كما أسلفنا ، لتحقيق الصالح العام .

كما يؤكدها مبدأ التكافل الاجتماعي الملزم على النحو الذى بينا .

ومعنى هذا ان الفرد في كفالة المجتمع ، ليكون في امان من الحاجة في مقابل أن يرعى الفرد الصالح العام .

1) الشيخ محمد ابو زهرة : ص ١٩١ . المرجع السابق
— هذا وقد قرر الحنفية ذلك في باب الاحتكار وما يتركه من اثر على المسلمين .

هذا ، وليست " الزكاة" هي المصدر الوحيد لتمويل التكافل الاجتماعي ، ضمانا لحاجة الفرد ، واقامة مرافق الدولة ، بل في المال حق سوى الزكاة ، وفي هذا المعنى يقول الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ " ان الله فرض على اغنياء المسلمين بالقدر الذى يسع فقراءهم ، ولن يجهد الفقراء اذا جاعوا او عروا ، الا بما يصنع اغنياؤهم ، ألا وان الله يحاسبهم حسابا شديدا ، ويعذبهم عذابا اليما(1) " .

وأكد عمر ـ رضي الله عنه ـ هذا المعنى بقوله : " لو استقبلت من أمرى ما استدبرت ، لاخذت من الاغنياء اموالهم ، فرددتها على فقرائهم " .

سادس عشر ـ مسئولية الحاكم عمن تمسهم الحاجة ، وما يفتقر اليه المجتمع من مرافق عامة ، وتلك في الواقع ، مسئولية الدولة التي يمثلها .

للفرد في الاسلام ـ العيش الحر في مأمن من الحاجة وفي ظل من التكافل الاجتماعي ، تأكيدا لكرامته الادمية ، والكرامة الانسانية اصل عتيد في الاسلام كما علمت .

ـ وقد كان عمر بن الخطاب واعيا لابعاد مسئوليته كرئيس اعلى للدولة ، فكان يتفقد الرعية .

---

*) جاء في المحلى تأكيدا لهذا المعنى التكافلي ما نصه : " وفرض على الاغنياء من أهل كل بلد ان يقوموا بفقرائهم ، ويجبرهم السلطان على ذلك ، ان لم تقم بهم الزكوات " جـ ٦ ص ١٥٦ لابن حزم

ويرعى اطفال المسلمين ، وذوى الحاجة ، ويقوم بكل ما تقتضيه مصلحة الدولة من اقامة المرافق العامة .

هذا ، وقصته مع المرأة التي أخذت توهم أطفالها بأنها تصلح لهم طعامهم في قدر مملوءة حجارة ، معروفة .

وعمر بن الخطاب هو الذى كان يقول : " والله لو عثر بعير بشط الفرات ، لخشيت ان يسألني الله عنه يوم القيامة " . وهذا وعي من عمر - رضي الله عنه - لما للرعية من حقوق اجتماعية هو مسئول عنها ، فضلا عن الحريات العامة والحقوق السياسية ، وقد كان مبعث هذا الوعي قول الرسول - صلى الله عليه وسلم - " كلكم راع ، وكلكم مسئول عن رعيته ، والامام راع ومسئول عن رعيته - الحديث " .

وقوله - صلى الله عليه وسلم - : " ان الله سائل كل راع عما استرعاه ، حفظ أم ضيع " .

وانما قلنا ان الحقوق الاجتماعية تجعل للحقوق السياسية والحريات العامة ، معنى وحقيقة ، من قبل ان لاقيمة لحرية الرأى أو حق التملك ، أوحق الانتخاب مثلا ، اذا كان الفرد فقيرا معدما ، اذ تصبح هذه الحقوق خيالية بالنسبة اليه ، فضلا عن انه يصبح عرضه لان يشترى ضميره بالرشوة ، فلا تؤدى حرية رأيه أو شوارة معناها الحقيقي في مثل هذه الحال .

سابع عشر - الشورى السياسية والتشريعية في الاسلام :

مقدمة :

الشورى حق ، ولكنه حق ذو وظيفة تؤدى من أجل الغير فرد ا كان

أم مجتمعا ، فكانت حقا وواجبا معا ، وباعتبار أن السياسة انما تعني " القيام على الامر بما يصلحه" او هي " تدبير الامر في الامة داخلا وخارجا تدبيرا منوطا بالمصلحة ، فان الشورى السياسية في جوهرها ليست الا مبدأ عاما يوجب على الصفوة المختارة من ابناء الامة اختيار الصالح المناسب لظروفها ، وهو القوى الامين الذى ينهض بمهام سياسة الدولة وشئونها " تحقيقا لمصلحتها العليا ، لما تقرر في الشرع " التصرف على الرعية منوط بالمصلحة " .

وهذا ضرب من المشاركة السياسية ينهض به القادرون ، وذوو الكفاءات والخبرات من ابناء الامة .

هذا ، واختيار الرجل المناسب ، او رجل الوقت كما يشير الامام الماوردى ، أصل مقرر في الاسلام ، لاختلاف نوعية الاعباء الجسام التي تحددها ظروف الوقت ، ولا تقتضائها كفاءات ومؤهلات معينة عقلية ، ونفسية ، وخلقية وعملية ، وعلمية ، وقبل ذلك موهبة فطرية قد أنمتها وصقلتها خبرات مكتسبة من شأنها ان توصل في النفس " حنكة سياسية" تقدره على الاضطلاع بمهام السلطة والحكم .

هذا فيما يتعلق باختيار الحاكم الاعلى في الدولة .

— والشورى — في الاسلام — أصل مشروعية الولاية العامة على الامة .

وفي هذا المعنى يقول عمر رضي الله عنه : " من بايع رجلا عن غير مشورة من المسلمين ، فانه لا بيعة له ، ولا الذى بايعه [1] " .

---

١) سيرة ابن هشام : ج ٤ ص ١٣٨ .

ويؤكد هذا المعنى الامام الغزالي ايضا بقوله : " ولو لم يبايع أبا بكر غير عمر ، وبقي كافة الخلق مخالفين ، لما انعقدت الامامة ، فان المقصود الذى طلبنا له الامامة ، جمع شتات الآراء ، ولا تقوم " الشوكة "(١) ، الا بموافقة الاكثرين (٢) وانما المصحح لعقد الامامة (رئاسة الدولة) انصراف قلوب الخلق لطاعته ، والانقياد له في أمره ونهيه (٣) .

ويقول ابن تيمية موضحا اساس شرعية الولاية العامة وأنها الشورى العامة بقوله : " وكذلك عمر ، لما عهد اليه ابو بكر ، انما صار اماما ، لما بايعوه واطاعوه ، ولو قدر انهم لم ينفذوا عهد ابي بكر ، ولم يبايعوه ، لم يصر اماما " اى بحكم الشرع واعتباره .

وعلى هذا ، فان مبدأ الشورى يدل على أمور :

١ـ النزعة الجماعية في التشريع الاسلامي بحيث تجعل من السياسة مادة مشتركة بين الحاكم والمحكوم ، ينشأ عنها علاقة وطيدة بينهما . وتكافل سياسي في تسيير شئون الدولة ، وهو ما تستلزمه المسئولية المتبادلة بينهما .

٢ـ تحقيق ذوات الافراد وما اوتوا من مواهب وملكات كي تستفيد الدولة والامة من كافة طاقات ابنائها ، ولا سيما في شئون الحكم والسياسة وهذا هو المعنى بقوله تعالى : " وأمرهم شورى بينهم " كحقيقة اساسية من خصائص المسلمين فكانت واجبة في اتخاذها ابتداء ، وواجبة التقيد بنتائجها انتهاء .

---

١) النفوذ والقوة

٢) الغالبية

٣) الرد على الباطنية : ص٦٦ .

ليست الطاعة ـ في الاسلام ـ مصدرها " فكرة الحق الالهي " التي كانت سائدة في اوروبا بالنسبة للملوك ، في القرن السابع عشر والثامن عشر وانما السلطة في الاسلام انما تعنى " القيم العليا " في حالة الحركة والتنفيذ ، وهذا يستلزم الا يكون الحاكم مطاعا لذاته ولا لشخصه ، ولو كان رسولا مصطفى ، لقوله تعالى : " ليس لك من الامر شيء " وانما يطاع اذا كان مطيعا هو أولا ، وقد اكد هذا المعنى الخليفة أبو بكر ـ رضي الله عنه ـ بقوله : " اطيعوني ما أطعت الله فيكم " .

وعلى هذا ، فالسلطة لا تعني " القوة المطلقة" وانما السلطة في الاسلام ليست الا تجسيدا لمبادئه ومثله وقيمه الخالدة ، ومن هنا كان وجوب الطاعة ، لتقيد السلطة بالكتاب والسنة عملا ومقصدا .

٤ ـ ان الدولة دستورية شورية

مبدأ انفصال شخصية الحاكم عن الشخصية المعنوية للدولة في الاسلام

ليس الحاكم الاعلى في الدولة ـ في نظر الاسلام ـ هو الدولة نفسها ، وانما يمثل سلطتها فحسب ، وينوب عن الامة في تنفيذ شرعها ولذا وجب أن يكون مطيعا قبل أن يكون مطاعا شرعا ، لان السيادة للشرع لا للحاكم .

فالسلطة اذن من مبادىء الشرع ، ولكنها مجرد وسيلة اقرها الشارع ، تنفيذا لامره وشرعه .

واما تكييف العلاقة القائمة بين الامة وحاكمها الاعلى فهي علاقة نيابية ووكالة ، ومن هنا كانت الشورى ، وكانت السلطة التي يتقلدها

الحاكم لتنفيذ الشرع مستمدة من الامة ، التي هي صاحبة المصلحة الحقيقية ، فهو يستمد سلطته في تنفيذ الشرع من الامة بمقتضى عقد البيعة ، نيابة عنها ، ولكنه لا يستمد منها سلطة التشريع لانها لا تملكها اصلا ، اذ التشريع لله .

أما ان تصرفه على الرعية منوط بالمصلحة ، فهذا يعني ان ما يصدره من تشريعات اجتهادية ونظما ، ومراسيم ، مشروطة بشرط ، هي أن تملك القدرة على الوفاء بحاجة الامة ، وان تكون مطابقة لمقتضيات الشرع في الاحوال والظروف المتغيرة ، ومن هنا كانت له سلطة ايقاف العمل لحكم الاباحة على ضوء من المصلحة العامة ، وهذا لا يتم بالارادة المنفردة ، بل بالشورى " التشريعية " التي تنشأ بعد اختياره ، حاكما أعلى ، ويضطلع بها " اولوا الامر " في الامة ، وهم المتخصصون علميا في شتى الشئون العامة ، وارباب الخبرات المهنية والزراعية والتجارية ، والسياسية والعسكرية ، ومجتهدو التشريع الاسلامي ، كما أشرنا آنفا وتكييف المباح بجعله واجبا او ممنوعا في ضوء الصالح العام .

فالشورى السياسية هي أساس الرضا العام فيما يتعلق باختيار الرئيس الاعلى للدولة ، وهو مبدأ عام لا بد من تنفيذ مقتضاه في كل زمن وبيئة ، لانه من خصائص الامة الاسلامية " وأمرهم شورى بينهم " .

واما الشورى التشريعية فيتولاها المجتهدون بالاستعانة باولي الامر .

من هم أولو الامر في الامة ؟

قلنا ان الشورى " التشريعية " مبدأ يقضي باسناد الامر الى أهله حتى يستقيم الامر ، وليست مقصورة على الفقهاء المجتهدين ، كما يظن او على خصوص الحكام ، بل تشمل كافة " ذوي الكفاءات " التي تتعلق

بجميع شئون الدولة ، ومجالات الحياة ، لما قدمنا من أن الحكم الشرعي ليس حكما مجردا يعمل في فراغ ، وانما هو ذو موضوع يتصل بفروع من الاختصاصات ، فكان التلازم قائما بين الحكم الشرعي ، والتخصص العلمي المتعلق بموضوعه، اذ لا يمكن فصل الحكم الشرعي عن موضوعه الذى يتطلب خبرة علمية خاصة ، في نظر الاسلام .

فالشورى التشريعية اذن هي السلطة التشريعية في الدولة بالمعنى الخاص ، وهو يعنى استنادها الى كتاب الله وسنة رسوله وما يبنى عليهما من الاحكام الاجتهادية بمعايير تشريعية معروفة وبالاستعانة بأهل الخبرة والتخصص في سائر الشئون ، وفي مقدمتهم الفقهاء المجتهدون .

وقد جاء في تفسير الطبرى والقرطبي بيان للآراء الفقهية في تحديد المراد " بأولى الامر" ومنها انهم " أولو الفقه في الدين والعقل [(١)] " ومنها أنهم اولو العقل والرأى الذين يدبرون امر الناس [(٢)] " وهذا المعنى ليس مقصورا على المجتهدين ، كما ترى .

ويذهب الامام محمد عبده الى معنى قريب من هذا ولكنه أشمل وأوضح ، اذ يقول " ان المراد بأولي الامر جماعة" أهل الحل والعقد " من المسلمين" وهم الامراء ، والحكام ، والعلماء ، ورؤساء الجند وسائر الرؤساء ، والزعماء الذين يرجع اليهم الناس في الحاجات والمصالح العامة ، فهؤلاء اذا اتفقوا على أمر او حكم وجب أن يطاعوا

---

١) تفسير الطبرى : جـ٨ص٤٩٦ ، ص٥٠٢ القرطبي : كتاب الشعب ص١٨٢٩ ص ١٨٣١ .

٢) تفسير المنار :جـ٥ص١٨ وقد استند الامام محمد عبده في رأيه هذا الى تفسير النيسابورى الذى استند هذا بدوره الى الفخر الرازى .

فيه ، بشرط أن يكونوا منا ، وان لا يخالفوا أمر الله ولا سنة رسوله التي عرفت بالتواتر ، وان يكونوا مختارين في بحثهم الامر ، واتفاقهم عليه ، وان يكون ما يتفقون عليه من " المصالح العامة" وهو ما لولي الامر سلطة فيه ووقوف عليه [1] " .

وقد ذهب الى هذا الرأى ايضا الشيخ شلتوت ، اذ يقرر ان اولي الامر ، هم : " أهل النظر الذين عرفوا في الامة ، بكمال الاختصاص في بحث الشئون ، وادراك المصالح ، والغيرة عليها وكانت طاعتهم هي الاخذ بما يتفقون عليه في المسألة ذات النظر والاجتهاد ، بما يترجح فيها ، عن طريق الاغلبية او قوة البرهان [1] .

وهذا ، ينفي أن يكون المقصود بأولي الامر خصوص الحكام ولا المجتهدين من الفقهاء كما ترى .

هذا وقد كان لعمر رضي الله عنه ـ نوعان من الشورى : عامة وخاصة

أما العامة فكان يلجأ اليها في الامور الخطيرة ذات الشأن

أما الخاصة فكانت للتعرف على الحقيقة والصواب فيما يجتهد فيه من الاحكام الشرعية ، وكان مجلسها يتكون من مجتهدى الصحابة الذين يتكون منهم النخبة المختارة من أهل العلم ، ومن لهم سابقة في الجهاد والاخلاص في انشاء الدولة وحمايتها .

نظرية الشورى في التشريع السياسي الاسلامي :

اذا كان الاجتهاد الفردى والجماعي في أحكام الشريعة اصلا

---

(١) الاسلام عقيدة وشريعة : ص ٤٦٢ .

من أصول فقهها فمعنى ذلك أن حرية الرأى والتعبير لاسيما فيما يتعلق بالتشريع الاجتهادى ـ وهو من الخطورة بمكان ـ أصل من أصول الشريعة ، غير انه مقيد ـ كما قلنا ـ بما لا يمس أصلا من اصول العقيدة أو الاصول المقطوع بها ، أو العبادة وبما لا يضر الغير أو بالدولة .

وحرية الرأى والتعبير في الشريعة كاملة وغير مقيدة الا بما ذكرنا وهي مظهر من مظاهر الشخصية الانسانية ، لانها تحقق وجودها الفكرى بما تعبر عن ملكاتها ومواهبها .

فالشورى ـ وهي خصيصة من خصائص الامة الاسلامية كما قلنا ـ مبدأ عام مقرر في القرآن الكريم (١) وهو : في الميدان الاجتهادى ـ حق لمن استوى على درجة معينة من الكفاءة العلمية الاجتهادية ، كما انه واجب في الوقت نفسه ، فكان حقا وظيفيا اذ المصلحة التي رسمها الشارع غية الشورى راجعة الى الامة أصالة ، لا الى الفرد أو الجماعة التي تنهض بها

أما أنه حق فلان الامة ـ ممثلة في أهل الحل والعقد ـ تقع على عاتقها المسؤولية المشتركة في النهوض بعبء الاجتهاد التشريعي ، لانه من مستلزمات الشريعة ضمانا لاستمرارها ولخلودها باستجابتها للوفاء بحاجات الزمن ، وفي توجيه السلطة القائمة بالحكم عملا بمقتضى الامر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وبما يقرره ـ قوله صلى الله عليه وسلم

---

(١) قال تعالى : " فما أوتيتم من شيء فمتاع الحياة الدنيا ، وما عند الله خير وابقى للذين آمنوا وعلى ربهم يتوكلون ، والذين يجتنبون كبائر الاثم والفواحش ، واذا ماغضبوا هم يغفرون ، والذين استجابوا لربهم ، وأقاموا الصلاة ، وأمرهم شورى بينهم ، ومما رزقناهم ينفقون) سورة الشورى : آية ٣٦ ـ ٣٨ ذكرت الشورى خصيصة بين الخصائص الذاتية للجماعة الاسلامية

(كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته) ولا مسؤولية بدون حق أو سلطـــــة بداهة ،فالشورى على هذا سلطة وحق في آن معا •

١ ـ الشورى ـ حق واجب كفائي على الامة :

على أن الشورى اذا كانت أصلا من أصول التشريع الاجتهادى ،لانها نواة الاجماع فان القرآن الكريم يقررها واجبا كفائيا ، على الامة ســـواء في باب الاجتهاد بالرأى أم في الحكم والسلطة والواقع فيه خلاف من قـــال بالندب (١) ، لكن الراجح ماذكرنا من الوجوب لانه خاصية أساسية لجماعة المؤمنين ،أو عنصر من عناصر الشخصية الايمانية الحقة (٢) وانزلت سورة في القرآن الكريم تسمى (الشورى) لتقرر ذلك •

ولقد أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشورى مع أنه كان فـــي غنى عنها ، لتأييده بالوحي ، ليسن للمسلمين هذا الطريق في الاجتهاد بالرأى ،وتبادل وجوهه في كل مصلحة عامة تعرض ،وليتبعوه أيضا في تولية الحاكم الاعلى ،تأكيدا لرضا الامة عمن ينوب عنها في تنفيذ شرع الله وحكمه فيها ،وجمعا لشتات آرائها •

٢ ـ أمر الرسول عليه الصلاة والسلام بالشورى في غير شأن الوحي :

قال تعالى (مخاطبا رسوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ (وشاورهم في الامر) (٣) أى في غير أمر الوحي ،وأهم أمر لايتعلق بالوحي ،انمـــا هو السياسة وتدبير شؤون الامة وبذلك يتبين لك أن ولي الامر لو كـــان رسولا مصطفى ـ لايستبد برأيه فيما لايتعلق بأمر الوحي •

(١) تفسير ابن كثير : جـ ١ ص ٤٢٠

(٢) الاسلام عقيدة وشريعة : ص ٣٦٨ (٣) آل عمران آية ١٥٩

على أن الخلفاء الراشدين — رضوان الله عليهم — اخذوا بمبدأ الشورى — بعد وفاة الرسول — صلى الله عليه وسلم — ايمانا منهم بأنه أصل عقيد في ادارة شؤون الامة ، ومن المقطوع به ان تحرى الحق الموافق للمصلحة من الزم واجبات ولي الامر ، لان " تصرفه على الرعية منوط بالمصلحة " وبذلك قضى الاسلام على أعظم اسباب الآفة التي تصيب أداة الحكم في الامة وتبيده ، وهو الاستبداد بالحكم والتفرد بالرأى .

ثامن عشر — مبدأ المسؤولية في القرآن الكريم والسنة المطهرة :

الاساس العقائدى لمبدأ المسؤولية :

ترتبط المسؤولية — الفردية والجماعية — في القرآن الكريم بعقيدة الاستخلاف ، قال تعالى : (اني جاعل في الارض خليفة) وقال عز شأنه (آمنوا بالله ورسوله وانفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه)[1] .

فالخلافة الانسانية في الارض التي جاء القرآن الكريم بها عقيدة وهي مصدر الالتزامات الايجابية والسلبية التي تقع على عاتق الانسان المسلم لوجوب نهوضه بأعباء هذه الخلافة ، حتى يتم له صوغ الحياة الانسانية على عين الشريعة : اعلاء لكلمة الله في الارض ، واخلاصا لله تعالى في صدق العبودية .

آ — المسؤولية صفة تكريم وتشريف :

وواقع الامر ان المسؤولية بنوعيها نابعة من مبدأ الكرامة الانسانية

---

١) راجع مؤلفنا : (الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده) بحث : الواقعية في نظر الاسلام الى المال . و(الفرد مستخلف للانفاق والتثمير) ص ١٦٣ وما بعدها .

الذى جاء به القرآن الكريم حقا عاما للبشر . (ولقد كرمنا بني آدم) وقلنا ان الكرامة تستتبع السيادة ، اذ لاكرامة بلا سيادة ،فالمسؤولية اذن مشتقة من هذه السيادة ، ومن هنا ثارت مسؤولية الانسان قبل نفسه بوصفه سيدا مسيطرا على هذا الكون ، او بوصفه مكلفا ان يكون كذلك ، وقد زوده الله سبحانه بالملكات الفطرية العليا ، وبوسائل المعرفة ، ومنافذ العلم ، من السمع والبصر والفؤاد — العقل — ولذا كان مسؤولا عن كل اولئك ، أى عن قوة ملكاته الظاهرة والباطنة ،يؤكد هذا المعنى قوله تعالى : (ان السمع والبصر والفؤاد كل اولئك كان عنه مسؤولا) .

أى ان هذه هي الوسائل التي تمكنه من السيادة وتحقيق معنى الاستخلاف ، وهو مسئول عن استخدامها فيما خلقت له .

ب — مسؤولية الانسان المسلم قبل نفسه تتبدى في وجوب اجتناب نوازع الطغيان ودواعي الهوى ومنها :

الطغيان آفة البشرية ، والهوى عدو لئيم للحق ، والخير ، وانسانية الانسان .

قال تعالى : (فأما من طغى ، وآثر الحياة الدنيا ، فان الحجيم هي المأوى ، وأما من خاف مقام ربه ، ونهى النفس عن الهوى[1] فأن الجنة هي المأوى[2] وقال تعالى : (ونفس وما سواها فألهمها فجورها

---

١) المقصود بالهوى — بواعث الشر والفسا والضلال التي تتنافى ودواعي الخير والحق والصلاح .

٢) النازعات : آية ٣٧ — ٤١ —

وتقواها قد أفلح من زكاها وقد خاب من دساها)[1] .

ج ـ المسؤولية الفردية الدينية :

يقرر القرآن الكريم مبدأ المسؤولية الدينية في آيات صريحة مؤداها أن كل انسان مجزى بعمله ، ان خيرا فخير ، وان شرافشر ، وان مسؤوليته شخصية لا يحمل وزره احد غيره ولوكان ذا قربى ، قال تعالى : (وان تدع مثقلة[2] الى حملها ، لا يحمل منه شيء ، ولو كان ذا قربى) وقال جل شأنه : (ألا تزر وازرة وزر اخرى) ، وقال تعالى : (وان ليس للانسان الا ما سعى ، وان سعيه سوف يرى ، ثم يجزاه الجزاء الاوفى)[3] وقال تعالى : (لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت)[4] الى غير ذلك من الايات الكثيرة التي تؤكد مبدأ المسؤولية الاخروية ، وهذا أشد خطرا ، وأوقع أثرا في نفس المؤمن ، اذ تحرره وجدانا وقلبا من دوافع الاثم وبواعث الهوى ، كما تصفي نفسه من كدر المادة ، وشهوة الطغيان .

د ـ المسؤولية الفردية الدنيوية مزدوجة :

١ ـ اساسها الفقهي :

تعتبر هذه المسؤولية صدى أو انعكاسا للتكاليف العبادية والحيوية المادية والمعنوية التي تشغل بها ذمة المسلم قبل نفسه وقبل غيره من الفرد أو المجتمع وبذلك أضحت للفرد المسلم في القرآن الكريم شخصيتان

١) الشمس : آية ٧ ـ ١٠ .
٢) الى نفس ثقلت عليها اوزارها .
٣) النجم : الاية ٣٦ ـ ٤١ .
٤) البقرة : الاية : ٢٨٦ .

شخصية فردية وشخصية اجتماعية ذات التزامات قبل غيرها كما اسلفنا .

هذه الشخصية المزدوجة في تكاليفها الشرعية بينها قوله تعالى : (ليس البر أن تولوا وجوهكم قبل المشرق والمغرب ، ولكن البر من آمن بالله واليوم الاخر والملائكة والكتاب والنبيين ... الاية)[1] وهذه هي الالتزامات أو التكاليف المتعلقة بالفرد من حيث هو شخص مستقل عن غيره[2] ، فهو اذن مسؤول عن اضلال نفسه .

واما تكاليفه الاجتماعية فيبينها قوله تعالى بعد ذلك : (وآتى المال على حبه ذوي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل ، والسائلين وفي الرقاب ، وأقام الصلاة ، وآتى الزكاة ، والموفون بعهدهم اذا عاهدوا ، والصابرين في البأساء والضراء وحين البأس أولئك الذين صدقوا وأولئك هم المتقون)[3] وهذه هي مسؤوليته الاجتماعية قبل غيره من الفرد او الامة .

على أن هذه المسؤولية الفردية قد اكدتها السنة النبوية ، اذ رفض الرسول — صلى الله عليه وسلم — شفاعة أسامة قائلا : (انما أهلك الذين من قبلكم ، انهم كانوا اذا سرق فيهم الشريف تركوه ، واذا سرق فيهم الضعيف اقاموا عليه الحد ، فوالذي نفس محمد بيده ، لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطع محمد يدها) .

---

١) البقرة : الاية ١٧٧ .

٢) هناك تكاليف اخرى شرعها القرآن الكريم تتعلق بالفرد كشخص مستقل من الحلم والاعتدال في الانفاق والمحافظة على الحياة منعاً من القائها في التهلكة وغير ذلك ولكن الذي يعنينا هنا أن نقرر ازدواج هذه الشخصية ولو بذكر بعض التكاليف الخاصة بكل منهما .

٣) البقرة : الاية ١٧٧ .

فكل انسان رهن بما اكتسب ، ولا يحمل احد وزر غيره ، ولو كان رسولا مصطفى[1] ، ولقد حمل الرسول صلى الله عليه وسلم عشيرته الاقربين المسؤولية ، وأبان لهم أنه لن يغني عنهم من الله شيئا عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : (قال رسول الله صلى الله عليه وسلم حين انزل الله : وأنذر عشيرتك الاقربين) قال : (يا معشر قريش اشتروا أنفسكم ، لا أغني عنكم من الله شيئا ، يا بني عبد مناف ، لاأغني عنكم من الله شيئا ... الحديث) . وجلاها الرسول صلى الله عليه وسلم في قوله : (كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته ... الحديث) .

هـ ـ المسؤولية تبرر الحرية التي هي مظهر للشخصية الانسانية العاملة المستقلة :

على ان المسؤولية تبرر الحرية ، (اذ لا مسؤولية بلا حرية او بلا سلطة) ـ والحرية تستتبع الشخصية العاملة المستقلة ، غير ان الفرد في نظر الشريعة ليس هو ذاك الذى يدور في فلك الحرية المطلقة فالشريعة اذ منحت الفرد حقوقه الشخصية من (الحرية والعصمة والمالكية)[2] باعتباره انسانا ، قيدت ذلك كله بما ألقت عليه من مسؤولية ـ دينية ودنيوية ـ لتحد من حريته بما يمنع الاضرار عن نفسه وغيره ولا ريب أن المسؤولية الفردية اذ تستتبع الحرية تبررها ، وهي من جهة اخرى تقيدها بدائرة البر والصالح العام[3] .

---

١) قال تعالى : (ماعليك من حسابهم من شيء وما من حسابك عليهم من شيء)

٢) التلويح على التوضيح ط للتفتازاني ـ ج ٢ ص١٦٢ .

٣) راجع مؤلفنا : الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ص٧٤ وما بعدها

و ــ الفرد في نظر الشريعة كائن حي حر مستقل مسؤول :

فالفرد اذن ــ في نظر الشريعة ــ كائن حي حر مستقل مسؤول ولكن هذا الاستقلال ليس تاما ، بل هو مرتبط بالجماعة ارتباط تعاون على البر والصالح الانساني العام (وتعاونوا على البر والتقوى ، لا تعاونوا على الاثم والعدوان) وبذلك يكون الفرد ملزما ايجابيا بالتعاون على الخير المشترك ، وملزما سلبيا بتجنب الاثم والفساد والاضرار ، وهذه القاعدة بوجهيها ــ الايجابي والسلبي ــ تعتبر قاعدة عامة حاكمة على التشريع الاسلامي كله [1] كما انها تعتبر أساسا عاما للمسؤولية ارساها القرآن الكريم ، ينهض عليها مبدأ التكافل الاجتماعي الملزم .

ز ــ ثمرة المسؤولية الفردية من الناحيتين النظرية والعملية :

تظهر ثمرة المسؤولية الفردية بالنسبة للمسلم من الناحية النظرية انها لا تجعل من الفرد مجرد آلة اجتماعية مسخرة ، تعمل لصالح المجتمع دون مصلحته الشخصية .

اما ثمرتها من الناحية العملية ، فانها تجعل المسلم أهلا للتعاقد والتملك ومن هنا كان اقرار الشريعة الاسلامية للملكية الفردية ، كحقيقة ثابتة معلومة من الدين بالضرورة ، وذلك مما يساير الفطرة الانسانية فضلا عن كونها وسيلة مثمرة لاذكاء الحافز الذاتي للفرد ، وتنشيط مواهبه وملكاته ، للعمل لصالحه وصالح المجتمع على سواء ، وبذهي ان

---

١) المرجع السابق .

هذا عامل اساسي في تقدم المجتمع وازدهاره[١] .

ح ـ المسوءولية الجماعية في القرآن الكريم :

١ ـ اساسها العقائدى :

ترتبط المسوءولية الجماعية ـ قبل نفسها وتجاه الافراد ـ بعقيدة الاستخلاف[٢] ايضا ، قال تعالى : (وعد الله الذين آمنوا وعملوا الصالحات ، ليستخلفهم في الارض كما استخلف الذين من قبلهم)[٣]

وعلى هذا فالامة الاسلامية نائبة عن الله سبحانه وتعالى في مباشرة ما تقتضيه عزته تعالى في أرضه التي استخلفها فيها ، فقد رد اليها العزة والسيادة بعد الله تعالى ورسوله : (ولله العزة ولرسوله وللموءمنين)[٤] فالامة مكلفة بأن تكون كذلك ، ومن ثم نشأ اساس مسوءوليتها بوصفها الجماعي وعلى سبيل التضامن .

٢ ـ الاساس الفقهي للمسوءولية الجماعية :

على أن القرآن الكريم أرسى قاعدة المسوءولية التضامنية للامة الاسلامية ، يبدو ذلك واضحا في آية التعاون [٥] وفي آية الولاية والنصرة المفروضة على المسلمين بعضهم قبل بعض ، واقامة الصلاة وايتاء الزكاة ، وطاعة الله ورسوله وهذه هي الخصائص المميزة لهذه الامة بل قل التكاليف الملقاة على عاتقها ، لكي تتحقق تلك الخصائص فيها، والتكليف يستوجب المسوءولية ، قال تعالى (والموءمنون والموءمنات بعضهم أولياء بعض ، يأمرون بالمعروف ، وينهون

---

١) المرجع السابق

٢) الاساس العقائدى : تعتبر مشتركا بين المسوءولية الفردية والجماعية

٣) النور : الاية ٥٥   ٤) المنافقون : الاية ٨ .   ٥) النساء : الاية ١٤١

عن المنكر ، ويقيمون الصلاة ويوءتون الزكاة ، ويطيعـــون الله ورسوله اولئك سيرحمهم الله ، ان الله عزيز حكيم)[١] .

والتكليف هنا منصب على هذه الخصائص في الامة الاسلامية ايجادا وحفظا ، ولا يتم حفظها وصونها فيها الا بابعاد كل من شأنه ان يهدمها او يخل بها .

من ولاية الاجنبي ، فانها تذهب بهذه الخصائص لان الاجنبي لا يشارك فيها بل يسعى الى القضاء عليها .

ومن هنا وجب الاخذ على يد كل ظالم او مفسد من ابنائها وهذه هي مسوءولية الامة قبل الفرد وقد حدد القرآن الكريم هذه المسوءوليـــة الجماعية بقوله تعالى :

(واتقوا فتنة لا تصيبين الذين ظلموا منكم خاصة) وأكد ذلك قول الرسول ـ صلى الله عليه وسلم (انما اهلـــك الذين من قبلكم انهم اذا سرق فيهم الشريف تركوه) ويوءكد هذا الاصل ايضا قوله تعالى : (ولتكن منكم امة يدعون الى الخير ، ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر ، واولئك هم المفلحون)[٢] وليس هذا مجرد طلب ندب واستحباب ولكنه واجب حتمي على القادرين عليه ، اذ جعل القيام بهذا التكليف سببا في الفلاح المطلق ، والله ولي التوفيق .



---

١) التوبة : الاية ٧١

٢) آل عمران : الاية ١٠٤ .

(نظرية الحق والتعسف في استعماله)
في الفقه الاسلامي

مقدمة

منشأ الحق في الفقه الاسلامي :

من المعلوم بداهة أن منشأ الحق (هو الحكم الشرعي) فلا يعتبر الحق حقا في نظر الشارع الا اذا قرره الشارع ، وتقريره انما يكون بحكم والحكم يستفاد من مصادر الشريعة ، فكانت مصادر الشريعة هي بعينها مصادر الحقوق .

على أن الاسباب التي تستفاد منها الحقوق ليست مثبتة لها بذواتها بل بجعل الله لها مثبتة ، ولذا بات من المقررات الشرعية أن الاسباب جعلية ، أى ليست مؤثرة بذواتها ، فعقد البيع مثلا يؤثر في اثبات ملكية المبيع للمشترى ، وملكية الثمن للبائع ، غير أن العقد ليس بذاته مثبتا لذلك ، بل بجعل الله له مثبتا ، فثبت أن الحقوق جميعا مصدرها الشرع ، وليس ذات الانسان ، ولا العقل البشرى ، فالانسان ـ في نظر الشريعة ـ لا يستحق الحق بحكم ذاته ، بل الحق منحة منه تعالى للفرد ويقرر الشاطبي هذا المعنى بقوله ، (لان ما هو حق للعبد انما ثبت كونه حقا باثبات الشرع ذلك له ، لا بكونه مستحقا لذلك بحكم الاصل [1]) ويقوله في موضع آخر : (فان ما هو لله ـ أى من الحقوق ـ فهو لله ، وما كان للعبد فراجع الى الله من جهة حق الله

---

(١) ـ الموافقات : جـ ٢ ـ ص ٣١٦ .

فيه (١)، ومن جهة كون حق العبد من حقوق الله ، اذ كان الله لا يجعل للعبد حقا اصلا (٢).

نخلص من هذا الى أن الشريعة هي أساس الحق وليس الحق هو أساس الشريعة ، وهذا الاصل تترتب عليه نتائج منطقية هامة .

النتائج المنطقية التي تترتب على هذا الاصل :

أولا - أنه تعالى انما منح الحق لحكمة هي المصلحة التي قصد الشارع تحقيقها بشرعية الحق ، والا كان المنح لغير غاية ، وهو عبث ، والله تعالى منزه عن العبث (٣).

ثانيا : أن الاصل في الحق التقييد ، لانه اذا كان منحة من الشارع فهو مقيد بما يقيده به الشارع ابتداء .

ثالثا - ان الحق اذا كان ممنوحا لمصلحة قد قصد الشارع تحقيقها بشرعية الحق ، تعين أن يكون تصرف الفرد بحقه مقيدا بما يحقق تلك المصلحة ، حتى يكون قصده في استعمال حقه ، موافقا لقصد الله في التشريع ، والا كان مناقضا للشرع ، ومناقضة الشرع باطلة (٤).

---

(١) - يلاحظ أن الشاطبي يرى أن الحق الفردى ليس حقا خالصا لصاحبه بل هو مشوب بحق الله ، فاذا فسرنا (حق الله) بالصالح العام أو حق الجماعة ، كان معنى هذا أن الحق الفردى ليس حقا محضا على التحقيق بل هو مشترك وسيأتي فضل بيان في هذا الموضوع ان شاء الله .

(٢) - الموافقات - جـ ٢ - ص ٣١٦

(٣) - وقد جاء الشرع بهذه النتيجة اذ قرر جمهور الاصوليين أن الاحكام معللة بمصالح العباد .

(٤) - اشار الى هذا المعنى الشاطبي في موافقاته جـ ٢ - ص ٣٣١ .

رابعا : منح الحق فرع وجوده ، ففكرة الحق ثابتة ، ودعامة أساسية في الفقه الاسلامي (١) ، يرشد الى هذا اجماع علماء الاصول والفقهاء على هذا ، واهتمامهم ببحث تقسيمه وبيان أنواعه ، وافرادهم له موضوعا برأسه في علم الاصول يسمى (بالمحكوم فيه) (٢) .

خامسا : ان الحق ليس غاية في ذاته ، بل وسيلة الى مصلحة شرع الحق من أجلها ، ولو كان غاية في ذاته لكان من حق الفرد أن يتصرف فيه وفق هواه ورغبته ، دون أن يقصد الى غاية اخرى يحققها من وراء تصرفه ، ولقد أتى على الناس زمن كانت حقوقهم ـ في ظل تشريعاتهم الوضعية ـ غايات بذاتها يمارسها اصحابها بارادتهم الحرة دون أن يستهدفوا من وراء ذلك تحقيق مصلحة معينة مرسومة الا ما توحي لهم به انانيتهم ومصالحهم الذاتية .

سادسا : ان الفرد كالجماعة كلاهما يختص بحقه ، ويرشدنا الى هذا تقسيم الاصوليين الحق الى قسمين أساسيين : حق الفرد ، وحق الله ، وتفسير هذا الاخير بأنه هو حق الامة مما يتعلق به مصلحة عامة .

---

(١) ـ سيتضح ذلك في بحث (حق الملكية) باقامة الادلة على أنه (حق شخصي) وليس تنظيما اقتصاديا ، غير أنه حق مقيد بالتزامات ايجابية وسلبية مفروض على المالك اداؤهما .

(٢) ـ لا نتفق مع الدكتور شفيق شحاته فيما ذهب اليه من أن تسمية الاصوليين لاصحاب الحقوق (بالمكلفين) مشعر بأن طبيعة الحق في الفقه الاسلامي تقترب من طبيعته في مذهب التضامن الاجتماعي وسيأتي ، تفصيل ذلك في موضعه ، نظرية الحق ، ص ١٠ وما بعدها .

سابعا : ان الفرد ذو كيان مستقل ، وشخصية ذاتية في المجتمع (١) لا مجرد عنصر تكويني أو آلة اجتماعية .

ثامنا : الدولة كالفرد ، كلاهما يتلقى الحق منه تعالى ، فالفرد عبد الله ، لا للدولة ، فالله سبحانه وتعالى الذى منح الفرد حقه هو الذى منح الدولة حق الطاعة على الرعية .

وعلى هذا فلا تملك الدولة أن تمنح للفرد حقا ، اذ ليس حقها بأقوى من حق الفرد الا في حالة الاعتداء على حق الغير ، واذا لم تكن مانحة للحق ، فليس لها أن تسلب الفرد حقه ، رعاية لحق الفرد في حدود المصلحة العامة ، وتمكينه من التمتع به على وجه لا يضر غيره من الفرد والمجتمع .

هذا واذا تدخلت الدولة في شؤون الافراد ، فانما تتدخل في حق ثابت مقرر من قبل الله تعالى ، ولا يجوز الا في حدود رسمها الشارع الحكيم ترجع كلها الى مقتضيات الضرورة ، وكفالة الصالح العام ، وتطهير المجتمع من الاستغلال والفساد .

على أن الفرد ـ في نظر الشريعة ـ ليس هو ذلك الذى يدور في فلك الحرية المطلقة ، فالشريعة اذ منحت الفرد حقوقه الشخصية ـ من الحرية والعصمة والمالكية (٢) باعتباره انسانا ، قيدت ذلك كله بما

---

(١) ـ سيأتي أن (المسئولية الفردية) تستتبع الحرية ، والا فلا مسئولية حيث لا حرية ، والحرية هي مظهر للارادة الواعية المستقلة ولكنها حرية مقيدة مسئولة .

(٢) ـ التوضيح لصدر الشريعة جـ ٢ ـ ص ١٦٢ .

ألقت عليه من مسئولية ـ دينية ودنيوية ـ لتحد من حريته بما يمنع الاضرار عن غيره ، ولا ريب أن المسئولية الفردية اذ تستتبع الحرية تبررها ـ اذ لا مسئولية حيث لا سلطة ـ فهي من جهة اخرى تقيدها بدائرة البر والصالح العام .

هذه المسئولية تجدها واضحة في قوله تعالى (وكل انسان الزمناه طائره في عنقه) وقوله تعالى : (من عمل صالحا فلنفسه ومن أساء فعليها) وقوله (فمن يعمل مثقال ذرة خيرا يره ومن يعمل مثقال ذرة شرا يره) وجلاها الرسول الكريم بقوله (كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته .. الحديث) .

فالفرد اذن ـ في نظر الشريعة كائن حي حر مستقل مسئول ، ولكن هذا الاستقلال ليس تاما ، بل هو مرتبط بالجماعة ارتباط تعاون على البر والصالح العام (وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان) وبذلك يكون ملزما ايجابيا بالتعاون على الخير المشترك ، وملزما سلبيا بتجنب الاثم والفساد والاضرار ، وهذه القاعدة ـ بوجهيها الايجابي والسلبي ـ تعتبر قاعدة عامة يقوم عليها التشريع الاسلامي كله فيما يتعلق بالاحكام الدنيوية والمعاملات ، ولقد حكمها الائمة المجتهدون تحكيما عاما في سائر التصرفات ـ المعاوضات والتبرعات ـ وفي الاحكام المتعلقة بالباعث غير المشروع الذى يحرك ارادة الفرد الى انشاء التصرف ـ فالفقهاء لا يجيزون التعاون على الاثم والعدوان باطلاق بشتى صوره بالاتفاق (١) ، ومن ثم يبطلون كل تصرف انحرف به صاحبه تحت ستار من مشروعيته ظاهرا عن المقصد الشرعي الذى من أجله شرع ، لان في تنفيذه تعاونا على الاثم والعدوان وهذا قيد عام يرد على كافة صور استعمال الحقوق .

---

(١) ـ الموافقات : جـ ٤ ـ ص ٢٠٠ .

وليس الخلاف بينهم في هذا الاصل ، بل في المناط الذى يتحقق به التعاون أو التذرع أو التحايل على قواعد الشرع ، أو مناقضة مقصد الشارع .

ومما يؤكد هذه القاعدة توجهها السلبي ، وهو وجوب الامتناع عن كل ما يضر بالغير ، قوله عليه الصلاة والسلام (لا ضرر ولا ضرار) .

هذه ثمرة المسئولية الفردية من الناحية النظرية : لا تجعل من الفرد آلة اجتماعية تعمل لصالح المجتمع دون مصلحته الشخصية .

أما ثمرتها من الناحية العملية ، فانها تجعله أهلا للتملك والتعاقد ومن هنا كان اقرار الشريعة للملكيه الفردية ، كحقيقة ثابتة معلومة من الدين بالضرورة ، وكقاعدة اساسية في النظام الاقتصادى الاسلامي ، وذلك مما يساير الفطرة الانسانية ، وتقتضيه كرامة الانسان فضلا عن كونها وسيلة مثمرة لاذكاء الحافز الذاتي للفرد ، وتنشيط مواهبه وملكاته ، للعمل لصالحه وصالح المجتمع وبدهي أن هذا عامل أساسي في تقدم المجتمع وازدهاره (١)

هذا ، ومسئولية الفرد قبل الجماعة مرجعها انه مكلف برعاية مصالحها كما هو مسئول عن تحصيل مصلحة نفسه سواء بسواء ، فمن حق الجماعة على الفرد الا يعبث بمصالحها تحت ستار ما منح من حقوق ، وأيدت الشريعة هذا الحق ، بأن أقامت من الجماعة نفسها رقيبا على تصرفات الفرد حتى في خالص حقه ، وهو قوة مانعة له من احداثه الاضرار بها قبل أن يقع ويستشرى فساده ، بل فرضت عليها القيام بهذا الواجب رعاية لحقها من عبث الانانية الفردية ، ولعل أوضح ما ورد في هذا الشأن حديث السفينة (٢) .

---

(١) ـ راجع مقال الشيخ أبي زهرة في رسالة الاسلام عدد ١٠ سنة ١١ ومقال تراثنا الروحي للدكتور البهي ، المرجع السابق .

(٢) ـ اخرجه البخارى عن النعمان بن بشير .

على أن (المصلحة العامة مقدمة)(١) على المصلحة الفردية عند التعارض ، على ما هو مقرر في الشريعة ، ولو لحق الفرد من جراء ذلك ضرر ، لانه ينجبر بالتعويض ، ولان في رعاية المصلحة العامة وتقديمها رعاية للمصلحة الخاصة ضمنا ، كما أشار الى ذلك الحديث (نجوا جميعا)

ومما يؤكد ذلك ، ان الشارع حرم الاحتكار وكل ما يؤدي اليه تأكيدا للنفي الاضرار عن الناس ، ومن ذلك تلقي السلع ، وبيع الحاضر للبادي ، كما أوجب التسعير الجبرى اذا تعدى التجار في أسعار مايحتاج اليه الناس تعديا فاحشا ، وهذا ـ لا شك ـ تدخل في أصل حق الملكية للمصلحة العامة .

كذلك أجاز الشارع نزع الملكية الخاصة ـ في ظروف معينة ـ للمصلحة العامة (٢) وقد بين المحققون من الاصوليين (طبيعة الحق) الفردى في الفقه الاسلامي ، بأنه حق مشترك وليس فرديا خالصا ، ذلك لان الصالح العام مراعى في كل حق فردى ، وهذا ما عبر عنه الشاطبي (بحق الله) اذ يقول : وايضا ففي العادات ـ وهي الحقوق والمعاملات ـ حق الله تعالى من جهة وجه الكسب ووجه الانتفاع ، لان حق الغير محافظ عليه شرعا أيضا ، ولا خيرة فيه للعبد ، فهو حق الله تعالى صرفا في حق الغير (٣) .

وهذا الاصل يعتبر قوام الحقوق الفردية ، بما يلقي عليها جميعا من قيد المحافظة على حق الغير ، والامتناع عن الاضرار به .

كما أكد هذا المعنى الفقهاء في صدد بحثهم في (فكرة الباعث) وأثره في التصرفات كما قدمنا آنفا .

---

(١) ـ الموافقات جـ ٢ ـ ص ٣٥٠ .
(٢) ـ المرجع السابق .
(٣) ـ الموافقات ـ جـ ٢ ـ ص ٣٢٢ .

- الفصل الاول -

الحق
في
الفقـــه الاسلامـــي

المبحث الاول : أنواع الحقوق : الحق الذاتي ، والحق الغيرى أوالوظيفي المنزلة الوسطى ، الحق التقديرى .

المبحث الثاني : تعريف الحق لغة - تعريفه عند الاصوليين ونقده ، تعريفه عند الفقهاء القدامي ونقده ، تعريفه عند المحدثـين ونقده ، تعريفنا للحق وتحليله وبيان صلته بنظرية التعسف .

المبحث الثالث : تعريف الاباحة عند الفقهاء القدامى ، تعريفها عنـد الاصوليين ، تعريفها عند القانونيين والفقهاء المحدثين تعريفنا للاباحة وتحليله وبيان صلته بنظرية التعسف .

المبحث الرابع : علاقة الحق بالحكم ، الحق وسيلة ، الوظيفة الاجتماعيـة للحق .

المبحث الاول

الحقوق الذاتية والحقوق الغيرية أو الوظيفية

الاصل في الحقوق أن تكون المصالح فيها ذاتية ، يستأثر بها أربابها ذلك ، لان الحق اختصاص شخص بمصلحة ما مادية كانت أم معنويـــة . غير أن ثمة طائفة من الحقوق ، كحقوق الاسرة مثلا (١) ، لا تعـود

---

(١) - وهي حقوق تستند في ثبوتها لاربابها الى ما يوجد بين الافـراد من صلات الزوجية والقرابة كحق التأديب : تأديب الاب لصغيره وتأديب الزوج لزوجته ، وحق الولاية على المال ، وحق الحضانـة وحق الكفالة ، راجع الحق والذمة للاستاذ الشيخ علي الخفيف ، ص ١٨٩ و ١٩٠ .

المصلحة فيها على من تقررت لهم ، لانها عبارة عن سلطات قررها الشارع لبعض افراد الاسرة على بعضهم الاخر ، تقترن بواجبات مفروضة على صاحب الحق ، والمصلحة فيها غيرية لا ذاتية ، اذ لم تتقرر هذه الحقوق لاصحابها لرعاية اشخاصهم ، بل لرعاية مصلحة الاسرة بمجموعها ، ومن ورائها مصلحة المجتمع ، فالمصلحة فيها عامة ، كما ترى .

هذا ، وفي الفقه الاسلامي حق التأديب للاب على طفله مثلا ، لا يسع الاب الامتناع عن القيام بما يفرضه عليه هذا الحق من واجب التأديب والتهذيب والتعليم ، كما لا يسعه التقصير والاهمال فيه فضلا عن أن يتعمد الاساءة في توجيهه ، لانه مأمور برعاية الانظر والاصلح له ، والا حرم هذا الحق ولهذا يغلب على هذا الضرب من الحقوق صفة الواجب والوظيفة ، يقول الشاطبي " ان الاب في طفله أو الوصي في يتيمه ، أو الكافل فيمن يكفله مأمور برعاية الاصلح له (١)

---

(١) ـ الاعتصام للشاطبي جـ ٢ ـ ص ١٢٢ ، ويعبر بعض الفقهاء عن الامر أو الوجوب بالطلب .

يقول قدري باشا في كتابه الاحوال الشخصية مادة ٣٦٥) (يطلب من الوالد أن يعتني بتأديب ولده وتربيته وتعليمه .. الخ . وانظر السرخسي جـ ٢ ـ ص ٢٤٤ وفتح القدير جـ ٣ ـ ص ١٩٤ / ١٩٦ ، وتبيين الحقائق للزيلعي جـ ٢ ـ ص ١٣٠ / ١٣٢ ـ جامع الفصول جـ ٢ ـ ص ٢٠ / ٢١ ، بداية المجتهد جـ ٢ ـ ص ١٤ والمدونة جـ ٤ ص ٥ كشاف القناع ص ٣٧١ ـ جـ ٣ ، في الولاية على المرأة والصغير ، وانها مقيدة بالنظر والمصلحة .

والحكمة الغائية في التأديب ، أن الشرع قدر أن مصلحة الاسرة بمجموعها ، ومن ورائها مصلحة المجتمع ، تقتضي أن يكون لبعض افرادها سلطة على بعضها الاخر : وان تؤيد بتوقيع جزاء مقدر في حدود معينة اذا ما انحرف أو خرج على الاسرة ، وهي مصلحة ترقى الى اعتبارها حقا للمجتمع أو تربو على حق الخاضع للتأديب في سلامة جسمه وصونه عن الايذاء والايلام ، وهو في الواقع استثناء من أصل عام مقرر في الشريعة هو عصمة الانسان عن ايذائه وايلامه .

فوضح اذن ، انه حق لم يتقرر ميزة للاب ، لتمكينه من استغلال أولاده في مصلحته الشخصية ، والا كان متعسفا ومنحرفا عن الغاية التي من أجلها منح هذه السلطة ، وانما تقرر من أجل مصلحة الاولاد أنفسهم التي تعود بالتالي على الاسرة بأكملها .

ونضرب لذلك مثلا آخر ، حق الكفاءة ، فهو يتعلق بالنسب وتأسيس القرابات ، فالمصلحة فيه عامة تعود على الاسرة والمجتمع ، ولذا لا يجيز الشارع عضل الولي ، أى امتناعه عن تزويج من هي في ولايته من الكفء لما في ذلك من تعسف يلحق الضرر بتلك المصلحة ، اذ لم يتقرر هذا الحق لمصلحته الخاصة ، ولذا جاز للمرأة أن ترفع أمرها الى القاضي ، ليزوجها ممن رضيت به اذا كان كفوءا ، صونا لمصلحة البنت والاسرة على السواء ، ودرأ للتعسف (١) .

---

(١) ـ راجع في (عضل الولي) احكام القرآن للجصاص جـ ٢ ـ ص٤٧٢ بداية المجتهد جـ ٢ ـ ص١٣ تفسير الطبرى جـ ٥ ـ ص١٨ انفع الوسائل ص ٢٠ ، الجامع لاحكام القرآن للقرطبي جـ ٣ ص١٥٧ .

كما أن ولي الامر أو القاضي - وقد منح هذا الحق في حالة عدم وجود ولي خاص أو في حالة وجوده مع عضله بغير وجه حق - لا يجوز له التنازل عن حق الكفاءة هذا، لانه حق عام لجماعة المسلمين.

يقول السيوطي في الاشباه والنظائر (١)، ليس له - للامام - ومن باب أولى القاضي، وهو نائبه - أن يزوج امرأة - أى لا ولي لها - بغير كفء وان رضيت، لان حق الكفاءة للمسلمين، وهو كالنائب عنهم، فلا يقدر على اسقاطه (٢) لانه متعلق بالنظام الشرعي العام، وتلك آية كونه حقا عاما.

وما قلنا في حقوق الاسرة نقوله في الحدود، وهي التي سماها الاصوليون (حقوق الله) تعظيما لشأنها، لما يتعلق بها من النفع العام واخلاء العالم عن الفساد، وصون أمن الجماعة، فالشارع اسندها الى أولي الامر، ومن البين أن المصلحة فيها ليست راجعة الى من وكل اليه ممارستها من رجال السلطة العامة في الدولة، ولا الى فرد بعينه، بل الى المجتمع كله. وهي حقوق مفروضة لا يجيز الشرع اسقاطها (٣) أو التهاون في اقامتها بحال.

---

(١) - الاشباه والنظائر للسيوطي القاعدة الخامسة (تصرف الامام على الرعية منوط بالمصلحة - والاشباه والنظائر لابن نجيم المادة الخامسة ص ١٥٧.

(٢) - ويعلق الحموى على كلام ابن نجيم في هذه المسألة بقوله: لان الحق للعامة، والامام نائب عنهم فيما هو انظر لهم، وليس من النظر اسقاط حقهم) المرجع السابق والاعتساف في هذا جاء من قبل أن الاسقاط لا مصلحة فيه، فهو تصرف على نحو لا يحقق المصلحة، بل فيه اهدارها.

(٣) - الا في ظروف خاصة، نص عليها الفقهاء لمصلحة راجحة، فيجوز ارجاؤها كما في قول الرسول صلى الله عليه وسلم (لا تقطع الايدى في الغزو) وقاسوا على حد السرقة سائر الحدود، خشية أن يلحق المحدود بالاعداء.

واذا كانت هذه الحقوق (وظيفية) يقترن فيها الحق بواجب مفروض الاداء ، فهل تعتبر حقوقا بالمعنى الصحيح ، أو هي مجرد وظائف محددة .

لا يعرف الفقه الاسلامي ، هذه التفرقة ، بين الحق الشخصي والوظيفي ، فسواء أكان الحق مقرراً لشخص معين ، لمصلحته الذاتية أو من أجل مصلحة الاسرة ، أم للسلطة العامة لمصلحة المجتمع ، فهو الحق بالمعنى الفقهي ، ولم نر في تقسيم الاصوليين للحق قسما خاصا بالحق الوظيفي هذا بل جعلوا حق الله قسيما لحق الفرد .

وقد أكد هذا المعنى بعض الفقهاء المحدثين بقوله : (ويكفي في اطلاق اسم الحق على المصلحة أن يترتب عليها فائدة ولو لغير المنسوبة اليه (١) .

المنزلة الوسطى (٢) :

هذا وقد أشار القرافي في فروقه الى منزلة وسطى بين الحق والرخصة فصاحب هذه المنزلة هو (من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتمليك وهل يعد مالكا أولا ، ؟ ذكر القرافي أنه (قد يختلف في هذا الاصل في بعض الفروع) .

فالشفيع مثلا قد انعقد له سبب المطالبة بأن يتملك البيع بالشفعة ولا خلاف في أنه غير مالك (٣) .

---

(١) ـ الحق والذمة ، للاستاذ الشيخ علي الخفيف ص ٣٧ .

(٢) ـ الفروق للقرافي ـ جـ ٣ ـ ص ٢٠ / ٢١ .

(٣) ـ المرجع السابق ص ٢٠ / ٢١ ـ ويقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري (هي دون الملك وفوق الرخصة) مصادر الحق : جـ ١ ـ ص ٨ .

وللمجاهد حق المطالبة بالقسمة والتمليك اذا حيزت الغنيمة ، لانــــه انعقد له سبب المطالبة ، ولكن هل يعد مالكا أم لا ؟ قولان : فقيــــل يملك بالحوز والاخذ ، وهو مذهب الشافعي ، وقيل : لا يملك الا بالقسمة وهو مذهب مالك .

ويقابل القرافي ما بين المنزلة الوسطى هذه وبين الرخصة ، فيقــــول عن صاحب الرخصة : (من ملك أن يملك) وعن صاحب المنزلة الوسطى (من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتمليك) وينكر على الاول أن يكون مالكــــا ويجعل الثاني محلا للنظــر .

المنزلة الوسطى والحقوق التقديرية في الفقه الاسلامي :

قلنا ان الشريعة الاسلامية لا تعرف هذه التفرقة بين الحقوق ، فالحقوق كافة بما يشمل الحقوق الذاتية والحقوق الغيرية والحقوق التقديرية ، والمنزلة الوسطى بين الحق والرخصة ، والرخص أو الحريات العامة .

المبحث الثانــــــي

تعريف الحــق وتحليلــــــــه

ونتناول فيه المباحث الاتيــة :

١ ـ تعريف الحق لغــــه .

٢ ـ تعريفه عند الفقهاء المسلمين ونقده .

٣ ـ تعريفه عند الاصوليين .

٤ ـ تعريفه عند فقهاء المسلمين المعاصرين وتحليله ونقده .

٥ ـ تعريفنا للحق وتحليله .

المطلب الاول

تعريف الحق

١ - تعريف الحق لغة :

يطلق الحق لغة على الملك ، والمال ، والامر الموجود الثابت أو الثبوت والوجوب ، من حق الشيء اذا ثبت ووجب ، ومنه قوله تعالى (لقد حق القول على أكثرهم فهم لا يؤمنون) (١) .

وكل ما ورد من الاستعمالات اللغوية لكلمة (حق) يدور حول معنى الثبوت والوجوب .

٢ - تعريف الحق عند الفقهاء :

لم يعن الفقهاء بتعريف الحق بمعناه العام في الشرع ، اعتمادا منهم على المعنى اللغوى لكلمة حق ، ولعلهم رأوا أنه من الوضوح بحيث لا يحتاج الى تعريف (٢) .

غير أن بعض الفقهاء ، عرفه بتعريف يكتنفه الغموض، كما يلزم منه الدور ، فقال : (الحق ما يستحقه الرجل) فلفظ (ما) عام ، يشمل الاعيان والمنافع والحقوق المحددة ، هذا فضلا عن ابهامها ، كما أن الاستحقاق الوارد في التعريف متوقف على تعريف الحق ، وهذا يتوقف على معرفة الاستحقاق ، فيلزم الدور ، وهو عيب في التعريف كما يقول المناطقة .

---

(١) - سورة يس آية ٨ . (٢) - الحق والذمة - ص ٣٦ - للشيخ علي الخفيف

(٣) - البحر الرائق ج ٦ - ص ١٤٨ . راجع في الاستعمالات الفقهية الفقهي كتاب الحق والذمة - للاستاذ الشيخ علي الخفيف ص ٣٤ وما بعدها ، واحكام المعاملات الشرعية للمؤلف نفسه ص ٣١ / ٣٢ والمنار وحواشيه ج ١ - ص ٨٨٦ .

وفي شرح المنار : أن (الحق هو الشيء الموجود من كل وجـــــه ولا ريب في وجوده) .

استعمالات الفقهاء للحق :

والمتتبع لكلمةحق في استعمالات (١) الفقهاء يرى أنهم لم يطلقـــوا الحق على مفهوم واحد ، بل على معان مختلفة مأخوذة من المعانــــي اللغوية لكلمة حق .

هذا ، وأطلق الفقهاء كلمة الحق في بعض الحالات على جميع الحقـوق المالية وغير المالية ، فيقولون : حق الله وحق العبد (٢) ويريدون احيانا اخرى مرافق العقار ، كحق المسيل وحق الطريق (٣) ، واحيانا علـــى ما ينشأ عن العقد من التزامات غير الالتزام الذى يعتبر حكم العقـــد فعقد البيع حكمه نقل ملكية المبيع ، ولكن حقوقه تسليم المبيع ، ودفـــع الثمن (٣) .

يتضح من هذه التعريفات ـ على ما فيها من ابهام وبعد عن تصويـــر ماهية الحق انها تدور حول المعنى الواضح للحق بمعناه اللغوى مـــن الوجود والثبوت .

نعم ورد تعريف لحق الملكية للحاوى القدسي فيما نقله ابن نجيم .... بانه (اختصاص حاجز) وهو تعريف يكشف عن أهم خصيصة للحق بمعنـــاه العام ، فالاختصاص جنس في التعريف ، والاختصاص جوهر كل حق ، وهــو

(١) ـ شرح المنار وحواشيه ص ٨٨٦ .

(٢) ـ الحق والذمة للشيخ علي الخفيف ص ٣٤ ، احكام المعاملات الشرعية الشرعية ـ للمؤلف السابق ـ ص ٣٠ / ٣٢ .

(٣) ـ الاشباه والنظائر جـ ١ ـ ص ١٢١ ، وراجع المدخل الى نظريـــة الالتزام للاستاذ مصطفى الزرقا جـ ٣ ـ هامش ص ٣٩ .

عبارة عن علاقة أو رابطة بين شخص وشيء ، أو بين شخص وشخص تمنح صاحبها استئثارا على موضوعها (١) .

٣ـ تعريف الحق عند الاصوليين :

عني الاصوليون بتقسيم الحق في (باب المحكوم به) وهو فعل المكلف الذى يتعلق به خطاب الشارع (٢) ، وقد قسموه الى قسمين رئيسيين : حق الله وهو (ما يتعلق به النفع العام لجميع العالم ، فلا يختص به واحد بعينه ، واضافته الى الله تعالى لعظيم خطره وشمول نفعه (٣) وحق العبد ـ الفرد ـ ، وهو ما يتعلق به مصلحة خاصة .

غير أنهم لم يتعرضوا لتعريف الحق بما يزيد من معناه اللغوى فقالوا : الحق في اللغة عبارة عن الموجود من كل وجه وجودا لا شك فيه ومنه هذا الدين حق : أى موجود بذاته صورة ومعنى ، ولفلان حق في ذمة فلان ، أى شيء موجود من كل وجه .

غير أن بعضهم يقول في تعريفه (٤) (الحق الموجود والمراد به هنا حكم يثبت) ويرد على هذا التعريف عدة أمور :

---

(١) ـ الاشباه والنظائر ـ جـ ١ ـ ص ١٢١ .

(٢) ـ المرآة على المرقاة جـ ٢ ـ ص ٤٢٩ المنار وحواشيه ص ٨٨٦ .

(٣) ـ المنار وحواشيه ص ٨٨٦ ، شرح التلويح على التوضيح جـ ٢ ـ ص ١٥٥ الموافقات للشاطبي ـ جـ ٢ ـ ص ٣١٥ ـ وما بعدها ، الفروق للقرافي جـ ٢ ـ ص ١٤٠ (الفرق الثاني والعشرون) .

(٤) ـ هو الفقيه عبد الحليم بن محمد أمين اللكنوى صاحب حاشية قمر الاقمار على نور الانوار شرح المنار جـ ٢ ـ ص ٢١٦ وانظر نقد هذا التعريف ايضا في كتاب الحق والذمة ص ٣٧ والمدخل الى نظرية الالتزام للاستاذ الزرقا ص ١٠ وما بعدها .

أولا ـ انه ينبئ عن منشأ الحق ومصدره ، لان الحق لا يعتبر حقا في نظر الشرع الا اذا قرره الشارع ، وتقريره انما يكون بحكم كما أسلفنا .

ثانيا ـ أن الحكم ، ان أريد به خطاب الله المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاء أو تخييرا أو وضعا ، فالحق ليس هو نفس الخطاب على ما هو الراجح (١) وانما هو الاثر الثابت بالخطاب ، فعلاقة الحق بالحكم هي علاقة المسبب بالسبب .

على أنه لو أريد بالحكم الاثر الثابت بالخطاب من الوجوب والحرمة والاباحة كما هو مفهومه عند الفقهاء ، فالتعريف غير مانع ، لان الاحكام الوضعية ما هو شرط لمشروط ، أو مانع لحكم ، أو سبب لمسبب ، ليست حقا لاحد مع انها حكم ثابت ، .

هذا ، ومن الاحكام ما هو وارد على سبيل التخيير أو الندب ، وليس أى منهما حقا بل رخصة أو اباحة .

والخلاصة ان هذا تعريف بالاعم ، لان كل حق حكم ، وليس كل حكم حقا .

٤ ـ تعريف الحق عند فقهاء المسلمين المعاصرين :

أورد بعض الفقهاء المعاصرين تعريفات (للحق) مختارة لديهم نتناول أهمها :

أولا ـ الحق (مصلحة ثابتة للفرد أو المجتمع أولهما معا ، يقررها الشارع الحكيم) (٢) أول ما يؤخذ على هذا التعريف انه عرف الحق بغايته .

---

(١) ـ فالقرافي يذهب الى أن حق الله هو أمره ونهيه أى نفس الخطاب .

(٢) ـ الفقه الاسلامي للدكتور محمد يوسف موسى ص ٢١١ .

فالحق بذاته ليس مصلحة ، بل هو وسيلة الى مصلحة ، وتعريف الحق (بالمصلحة) خطأ شائع لدى كثير من رجال الفقه والقانون على السواء وكأنهم نظروا الى ما يستهدفه الحق من مصلحة ، فعرفوه بها .

على أن صاحب التعريف يشير الى أن علما اصول الفقه يذكرون في باب (المحكوم به) وهو الحقوق بمختلف انواعها ، انه ـ أى الحق ، فعل الانسان الذى يتعلق به خطاب الشارع ـ أى ما يطلب من الانسان القيام به من قبل المشرع ـ وهو الله تعالى ـ لمصلحة الفرد أو المجتمع أو كليهما معا (١) فقول المؤلف : لمصلحة الفرد ، بيان للغاية ، لان اللام للتعليل ، وهذه المقدمة لا توصله الى ما انتهى اليه من نتيجة بقوله (اذن لنا أن نعرف الحق بأنه مصلحة ثابتة للفرد ... الخ (٢) .

هذا ، والواقع أن وصف الاصوليين للحق بأنه فعل فيه تسامح ، ان الفعل ليس هو الحق ، بل هو أثر للحق ، وهذه الآثار قسمان ، بعضها ينتجها الحق في جانب من له الحق ، وهي مضمون الحق من سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف ، وبعضها الاخر التزامات ينتجها الحق في جانب من عليه الحق ، فهي موضوع الحق لا مضمونه ، فالافعال اذن آثار الحق ، وليست هي ذات الحق وجوهره (٣) .

على أن من الآثار ما يكون التزاما بالامتناع عن عمل ، كحرمة اتلاف مال

---

(١) ـ المرجع السابق ـ ص ٢١٠ - ٢١١ .

(٢) ـ المرجع السابق .

(٣) ـ نفرق بين مضمون الحق وموضوعه أو محله ، فمضمون الحق ما يخوله الحق لصاحبه من سلطات لممارسته . اما موضوع الحق فهو محله كالتزام الدائن بأداء ما عليه من دين مثلا في الحق الشخصي .

الغير في جانب من عليه الحق ، اذ يقتضيه الكف أو الامتناع عن قربانه ، تأكيدا لمصونية حق الملكية ، وعلى أى حال ، فالافعال ـ ما كان منهـا ايجابيا أو سلبيا ، في جانب صاحب الحق أو من عليه الحق ـ ان هـي الا آثار الحق ، وليست هي الحق بالذات ، وفرق بين الشيء وغايتـه أو أثره .

والخلاصة : ان التعريف السابق ، تعريف للحق بغايته مع ذكر اقسامه

ثانيا ـ وعرف بعضهم الحق بأنه (ما ثبت للانسان استيفاؤه) ويقصد (ما ثبت بمقتضى الشرع) .

وبتحليل هذا التعريف يتبدى لنا :

أولا ـ انه لا يظهر جوهر الحق ، بل موضوعه ، فالثابت استيفاؤه شرعـا بمقتضى الحق ليس هو الحق بل موضوعه ومحله ، وهو ـ وان أفـاد التعميم في موضوع الحق ، لان (ما) من الفاظ العموم حتى شمـل جميع القيم والاشياء التي يستأثر بها صاحب الحق ـ غير أنه لم يفـد التعميم من حيث أنواع الحق ، اذ يثبت لغير الانسان من الاشخـاص الاعتبارية كالشركات وبيت المال ، والوقف ، حقوق مع أن التعريـف لا يشملها ، فلو استبدلنا كلمة شخص بانسان ، لكان جامعا ، اذ الشخص أعم من أن يكون حقيقيا أو اعتباريا .

وأيضا التعريف غير مانع ، لانه يشمل الرخصة والاباحة ، اذ هي مـا يثبت استيفاؤه شرعا كذلك ، واطلاق الحق بمعناه الدقيق على الاباحـة تجوز ، لاختلاف كل منهما مفهوما . والتفرقة بين الحق والرخصة لهـا أهميتها في باب المعاملات لدى الاصوليين (١) والفقهاء ورجال القانـون

(١) ـ راجع هذه التفرقة مع الامثلة وما يترتب عليها من أحكام ـ الفـروق للقرافي جـ ٣ ـ ص ٢٠/٢١ .

على السواء (١) .

كما لا يشمل التعريف (حقوق الاسرة) من مثل حق الولي في تأديب الصغير ، اذ المصلحة عائدة على غير صاحب الحق ، وهو المولى عليه ، كما قدمنا .

ولو فسرنا (ما) بسلطة أو مكنة أو قدرة ، وقصرناها على هذا المعنى مع أن عمومها ينفي ذلك ، لما أبان التعريف ماهية المعرف أيضا ، من قبل أن هذه الامور أثر من آثار الحق .

ثالثا ـ وعرفه بعضهم بأنه (مصلحة مستحقة شرعا) (٢) .

---

(١) ـ مصادر الحق في الفقه الاسلامي للدكتور السنهوري ج ١ ص ٤ وما بعدها ، واصول القانون للدكتور حسن كيره ص ٥٦٤ و ٥٦٧ ونظرية الحق للدكتور اسماعيل غانم ص ١٦٦ ط ثانية .

(٢) ـ الحق والذمة ص ٣٧ ، واحكام المعاملات الشرعية ص ٣٠/ ٣١ للاستاذ علي الخفيف ، حيث يقول : والحق لا يعدو أن يكون منفعة أو مصلحة لشخص) جرى كثير من رجال الفقه الاسلامي والقانون على تعريف الحق (بالمصلحة) من هؤلاء الدكتور محمد يوسف موسى في كتابه الموجبات والعقود ج ١ ـ ص ٣٥ ـ والدكتور عبد الرزاق السنهوري في كتابه مصادر الحق ج ١ ـ ص ٥ . وهذا نظر منهم الى موضوع الحق وغايته ، لا الى المعنى في ذاته . على أن تعريف الحق بالمصلحة) قال به الفقيه الالماني (اهرنج) صاحب النظرية الموضوعية أو نظرية المصلحة . راجع نظرية الحق للدكتور اسماعيل غانم ص ١١ ونظرية الحق للدكتور شمس الدين الوكيل ص ١٠ وأصول القانون للدكتور حسن كيره ص ٥٦٤ـ ٥٦٧ .

وهذا التعريف-على ايجازه -يرد عليه ، ما ورد على التعريف السابق ومن أنه جعل جوهر الحق مصلحة ، كما أنه يرد عليه ما ورد على تعريف صاحب البحر الرائق من لزوم الدور .

ولكنه يبين -بعد أن أتى بالتعريف السابق للحق- ما هو الحق في تعريف الحق ، فيقول : (والحق اختصاص بمصلحة أو منفعة) (١) ولو أورد هذا في التعريف فقال : الحق اختصاص بمصلحة ثابتة شرعا لكان أولى .

هذا ، وقد أتى بتعريف آخر للحق يصرح فيه أن المصلحة غاية الحق ، اذ يقول الحق (ما ثبت لانسان بمقتضى الشرع من أجل صالحه (٢) ويشير الى أن الفقهاء درجوا على استعمال الحق بهذا المعنى ، ويرد على هذا التعريف أنه غير جامع ، لانه لا يشمل الحقوق التي ثبتت لغير الانسان من الاشخاص الاعتبارية ، كما أنه لا يشمل الحقوق الغيرية ، مع أن الفقهاء والاصوليين يطلقون عليها اسم الحق أيضا ، فثبت أن هذا المعنى قاصر عن أن يشمل جميع ما أطلق الفقهاء عليه اسم الحق .

أقمنا الدليل فيما سبق على أن الحق في الشريعة الاسلامية ، ليس طبيعيا ، من كونه صفة ذاتية اقتضتها طبيعة الانسان ، بل هو منحة من الشرع للشخص ، لتحقيق مصلحة معينة ، فهو اذن حق مقيد وغائي .

وتأسيسا على هذا النظر ، يمكن تعريف الحق بما يلي :

" الحق اختصاص يقر به الشرع سلطة على شيء ، أو اقتضاء اداء من آخر تحقيقا لمصلحة معينة " .

---

(١) - الحق والذمة ص ٣٧ ، راجع البحر الرائق جـ٦ - ص ١٤٨ حيث يقول : (الحق ما يستحقه الرجل) .

(٢) - احكام المعاملات الشرعية ص ٣٠ / ٣٢ .

تحليل التعريف ومحترزاته :

الاختصاص : هو الانفراد والاستئثار ، وهو علاقة (١) تقوم بين المختص والمختص به ، وقد يكون المختص بموضوع الحق هو الله سبحانه وتعالى وهذه هي حقوق الله تعالى ، وقد يكون شخصا حقيقيا ، وهو الانسان أو معنويا ، كالدولة ، والوقف ، وبيت المال ، وجماعة المسلمين ، والشركات والمؤسسات ، وغيرها من الشخصيات الاعتبارية .

وقولنا اختصاص : يخرج الاباحات والحقوق العامة مما هو مباح للكافة الانتفاع بموضوعه على سبيل الاشتراك دون استئثار ، أى أن الاباحة تورث الافراد مكنة الانتفاع بموضوعها على قدم المساواة .

يقر به سلطة : وهذا قيد يخرج الاختصاص الواقعي دون الشرعي كالغاصب والسارق ، فاختصاص الغاصب بالمغصوب حالة واقعية لا شرعية أى لا يقربها الشارع سلطة الغاصب على المغصوب ، بل يوجب عليه رد ما

---

(١) ـ قلت : ان تعريف الحاوى القدسي لحق الملكية بانه (اختصاص حاجز .. الخ) يدل على ان الاختصاص جنس في التعريف ، يندرج تحته كل انواع الحقوق ، انظر الاشباه والنظائر لابن نجيم جـ ١ ـ ص ١٢١ .

على أن عبيد الله بن مسعود الاصولي الحنفي الملقب بصدر الشريعة ، قد عرف حق الملكية في كتابه (وقاية الرواية في مسائل الهداية بانه اتصال شرعي بين الانسان وبين شيء يكون مطلقا لتصرفه فيه وحاجزا عن تصرف الغير) فالاتصال وهو علاقة أو رابطة ، جنس في التعريف ، وهو جوهر كل حق ، لانه اتصال على سبيل الاختصاص والاستئثار .

غصب ، وكذلك السارق ، فلا بد أذن من اقرار الشرع للعلاقة الاختصاصية حتى تكتسب صفة المشروعية .

واقرار الشرع للاختصاص يستلزم كنتيجة منطقية حتمية اقراره سلطة للمختص على ما اختص به ، تلك السلطة هي حرية التصرف في الحدود التي رسمها الشرع ، ويستلزم بالتالي اباحة الافعال اللازمة والملائمة لذلك الاستعمال والتصرف المشروع .

سلطة على شيء أو اقتضاء أداء من آخر :

هذه السلطة التي هي قترين لا ينفك عن الاختصاص الذى أقره الشرع لصاحب الحق ، قد تكون منصبة على شيء ، وهذا ما يسمى (بالحق العيني) كحق الملكية ، وحق الحبس في المرهون ، وحق الارتفاق بالشرب ، وحق وضع الجذوع على حائط الجار ، أو تكون سلطة لشخص منصبة على اقتضاء أداء من آخر ، فالعلاقة هنا بين شخص الدائن وشخص المدين الملتزم وهو موضوع العلاقة أداء التزام معين ، كالثمن المؤجل ، أو منفعة الاجير أو الامتناع عن الانتفاع بالمرهون ، وهذا هو الحق الشخصي .

والاداء : قد يكون ايجابيا ، كالقيام بعمل ، أو سلبيا كالامتناع عن عمل ، فالتعريف شامل لحقوق الله تعالى ـ كالعبادات والحدود وحق الجهاد ، وحقوق الاشخاص ، العينية والشخصية .

تحقيقا لمصلحة معينة :

متعلق بقولنا (يقر به الشرع أي أن اقرار الشرع للاختصاص الذى أسبغ عليه صفة المشروعية ، انما كان من أجل تحقيق مصلحة معينة - مطلوب من صاحب الحق العمل على توخيها وتحقيقها شرعا ، لأن - الاختصاص الشرعي وما يستلزمه من سلطة ، انما منح وأقر لذلك ، حتى اذا اتخذ الشخص الحق لتحقيق غرض يتنافى مع غاية الحق التي منح من أجلها ، بأن اتخذه ذريعة للاضرار بالغير ، أو لتحقيق اغراض غير مشروعة ، كتحليل الربا عن طريق بيع العينة مثلا أو اسقاط الزكاة عن طريق الهبة الصورية قبيل انتهاء الحول ، أو كل ماهو غش نحو الشريعة ، وخرم لقواعدها بتحليل محرم أو اسقاط واجب ، أو اتخذ الحق وسيلة للاضرار بالمجتمع بأن ابتغى تحقيق مصلحة خاصة ، ولكنها تتنافى والمصلحة العامة ، كالاحتكار ، انسلخت صفة المشروعية عن هذا الاختصاص الشرعي ، واصبح هو وجميع لوازمه من الافعال غير مشروع لأنه أصبح وسيلة لغير ما شرع له من مصلحة .

أهم مايستنتج من هذا التعريف :

أولا : يميز بين الحق وغايته ، فالحق ليس هو المصلحة ، بل وسيلة اليها .

ثانيا : تعريف جامع يشمل حقوق الله تعالى ، وحقوق الأشخاص الطبيعية والاعتبارية بنوعيها : العينية والشخصية .

ثالثا : يبين مدى استعمال الحق بما ألقي عليه من قيد (تحقيقا لمصلحة معينة) اذ فيه تعليل لتقرير الشارع الاختصاص ولوازمه .

فكل حق في الشرع ممنوح لتحقيق غاية معينة ، وتظل حماية الشرع مبسوطة على هذا الاختصاص ، مادام صاحبه يقصد الى تحقيق تلك الغايـــة وبهذا القيد يخرج التصرف المطلق الذى ينحرف عن غايته المرسومــــه شرعا •

فهذا تعريف للحق في مفهومه الشرعي ، وهو في أصله مقيد بغايته المحددة له شرعا ، ضمن الاطار التشريعي العام •

رابعا : استبعد المصلحة من تعريف الحق ، كما استبعد الارادة لأن الاولى غاية الحق ، والثانية شرط لمباشرته ، واستعماله ، وفرق بين الغاية والشرط ، وبين جوهر الحق ، وانه علاقة شرعية اختصاصية ، وقد رأينا من الفقهاء من أبرز هذا العنصر الجوهرى في الحق ، من مثــــل الحاوى القدسي (١) ، وصدر الشريعة ، في تعريفهما لحق الملكية •

خامسا : شمل التعريف حقوق الاسرة ، وحقوق المجتمع (٢) وغيرها من الحقوق الغيرية او الوظيفية التي لاترجع فيها المصلحة الى صاحـب الحق ولا الى مباشره ، بل الى الغير (٣) ، غير أن الشريعة اسمتها حقوقا •

---

١) الاشباه والنظائر لابن نجيم جـ ١ ص ١٢١ وما بعدها ، حيــث عرف حق الملكية بانه اختصاص حاجز ـ والوقاية لصدر الشريعة ، حيث عرف حق الملكية بانه (اتصال شرعي) والاختصاص والاتصـال جنس في التعريف وكلاهما علاقة ورابطة • وهذا التعريف ينظـر الى الحق من خلال صاحبه ـ الملكية في الاسلام للسيد ابــي النصر أحمد الحسني ص ١٠ •

٢) انظر احكام المعاملات الشرعية ص ٤٠ وما بعدها •

٣) كحق الولاية على الصغير ، فالمصلحة راجعة الى المولى عليـــه لاالى الولي صاحب الحق وكالحدود ، فهي حق الله ولكن المصلحة راجعة الى المجتمع ، وتباشرها السلطة العامة •

وبذلك كان الفرد في الشريعة الاسلامية يتمتع بحق ذى صفة — مزدوجة ، الفردية باعتبار أنه حق شخصي أصلا ، وفي هذا تكريم لشخصيته ، واعتراف بكيانه الذاتي ، وهذا الاعتبار يتصل بطبيعة الشريعة من حيث هي في ذاتها رسالة دينية تعني — أول ماتعني — بالفرد وذاتيته واصلاحه ، وصفة اجتماعية ، ترعى حق الغير من الافراد والمجتمع ، وبهذا يتحقق التكافل الاجتماعي ، كنتيجة حتمية وتشريعية ، أساسها مفهوم الحق نفسه .

وبذلك تكون الشريعة واقعية في تشريعها ، لاتتجاهل أيا من المصلحتين ، وتقدم المصلحة العامة عند التعارض ، مع الاحتفاظ بالتعويض على الفرد أن كان له وجه ، رعاية للحقين ، ويضطلع بمهمة التقييد والتنسيق نظرية التعسف في استعمال الحق على ماسيأتي بيانه .

وهذا النظر من الشريعة الاسلامية يتفق والفطرة الانسانية ، فالفرد لاتنكر فرديته كما لاتتنكر صفته الاجتماعية .

الفصل الثاني

التعسف في استعمال الحق

المبحث الاول

التكييف الفقهي للتعسف وتأصيله وتمييزه عن مجاوزة الحق طبيعة وجزاء

لم يرد على لسان الاصوليين والفقهاء كلمة (اساءة) أو (تعسف) في استعمال الحق وانما هو تعبير وافد الينا من فقهاء القانون في الغرب ، هذا ودرج فقهاء جمهورية مصر العربية والجمهورية السورية على استعمال كلمة " تعسف " واما في لبنان فآثروا استعمال كلمة

" اساءة " . نعم ، ورد في بعض الاصول كلمة " الاستعمال المذموم (١) تعبيرا عن التعسف أو الاساءة في استعمال الحق بالمعنى الذى نقصده اليوم .

هذا ، وقد وردت كلمة " المضارة في الحقوق " في كتاب الطرق الحكمية ، لابن قيم الجوزية (٢) .

وأيا ماكان ، فما المقصود بالتعسف ؟ وهل ثمة فرق بينه وبين مجاوزة الحق ؟ .

المقصود بالتعسف : أن يمارس الشخص فعلا مشروعا في الاصل بمقتضى حق شرعي ثبت له ـ بعوض أو بغير عوض ـ أو بمقتضى اباحة مأذون فيها شرعا ، على وجه يلحق بغيره الاضرار ، أو يخالف حكمة المشروعية .

ونضرب لذلك مثلا يوضح الفرق بين التعسف في استعمال الحق ومجاوزة حدود الحق أو الاعتداء .

١ ـ اذا أقام مالك بناء على أرض غيره أو زرع أرض غيره ، اعتبر غاصبا أو معتديا ، ففعله غير مشروع أصلا ، لأنه لايستند الى حق ولو كان فيه نفع لغيره ، ولكن اذا بنى رجل في أرضه ضمن حدودها ، حائطا عاليا ، فسد على جاره منافذ الضوء والهواء ، حتى أصبح

---

(١) الموافقات جـ ٣ ص ٢١٩ حيث يقول في التعسف في استعمال المباح " فلم يزل أصل المباح ، وان كان مغمورا تحت أوصاف الاكتساب والاستعمال المذموم " .

(٢) الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية ، ص ٣١٠ .

منصب على كيفية استعماله ، اما بالنظر الى الباعث عليه أو مآلـه

وعلى ذلك لايلزم التناقض أو التضاد (١) لتعدد الجهة .

فوحدة الوصف الشرعي لكل من التعسف والمجاوزة ، لاينفي اختلاف

حقيقة كلّ منهما .

المبحث الثاني

التفرقة من حيث الجزاء

مجاوزة الحق اعتداء وظلم ، ويترتب عليه جزاءان : دنيوى وأخروى

كما اذا صحبه قصد ايقاع الضرر ، ووقع الضرر فعلا ، مهما كان قدره .

والجزاء الدنيوى يكون بازالة آثار التعدى عينا أن أمكن ، والتعويض

على المضرور مالحقه من ضرر ، أو بكليهما معا حسب الاحوال ، وقطع

سبب الضرر ، حتى لايستمر وقوعه مستقبلا .

أما الاخروى — وهو الاثم والعقاب — فجزاء قصد الاضرار .

وقد يكون الجزاء دنيويا فقط اذا وقع الاعتداء خطأ دون قصد .

أما التعسف في التصرفات القولية ، فاذا كان نتيجة لباعث غير

مشروع ، لتحقيق مصلحة غير مشروعة ، كأن يهب أمواله صوريا

قرب نهاية الحول ، لاسقاط الزكاة مثلا ، فثمة جزاءان دنيوى ، بابطال

التصرف ، وأخروى وهو الاثم ، وهذا هو الدور الوقائي للنظرية .

---

(١) الموافقات جـ ٢ ص ٢٥٨ حيث يقول في صدد استعمال الحق

على وجه يعلم صاحبه أن أداءه الى المفسدة قطعي عادة ، مع

أن له مندوحة في استعماله على وجه آخر لايلزم عنه ذلك المحظور

ولا تضاد في الاحكام لتعدد جهاتها .

من المتعذر على جاره الانتفاع بملكه على الوجه المعتاد ، أو بعبارة أخرى ، تعطلت بذلك المنافع المقصودة من الملك ، وهو مايسمى بالضرر الفاحش ، فهذا المالك يعتبر متعسفا في استعمال ملكه ، لأنه وان تصرف في حدود حقه الموضوعية ، لكن لزم عن هذا التصرف أضرار بينة بالجار ، فتصرفه في الأصل مشروع ، لأنه يستند الى مايمنحه حق ملكيته من سلطات : التصرف المادى والشرعي ، والاستعمال ، والاستغلال ، ومأتى التعسف هو ما آل اليه تصرفه من أضرار فاحشه بغيره كما ذكر .

مثال آخر :

٢ ـ من أوصى بما زاد عن الثلث ، يعتبر مجاوزا حدود حقه الذى منحه اياه الشرع ، وهو التصرف في حدود الثلث ، ففعله غير مشروع في الأصل ، لأنه لايستند الى حق ، والتعسف فرع وجود الحق ، فهو اذن متعد لا متعسف .

أما اذا أوصى بالثلث أو بما دونه ، وقصد بذلك مضارة الورثة مثلا ، وقامت الأدلة والقرائن على هذا القصد ، اعتبر متعسفا ، لأن أصل الفعل مشروع ، لاستناده الى حق ثابت له في الشرع ، لحكمة قصدها الشارع من تقريره هذا الحق له ، ولكنه استعمله لايقصد تحقيق تلك الحكمة ، بل للاضرار بالورثة ، اذ " لاضرر ولا ضرار في الاسلام " ، فاتضح الفرق بين التعسف والمجاوزة .

لايقال ان ثمة تناقضا بين وصف الفعل بكونه مشروعا في الأصل ، ثم وصفه بأنه متعسف فيه ، لأنا نقول ، الجهة منفكة ، فلا يلزم التناقض المزعوم ، اذ المشروعية منصبة على ذات الفعل ، والتعسف

وأما التعسف في التصرفات الفعلية اذا كان نتيجة لقصد الاضرار ووقع الضرر فعلا ازيل الضرر بالتعويض ، لأن الواقع لايرفع ، وقطع سببه ، منعا لاستمراره في المستقبل .

أو بعبارة أخرى ، اذا كان التعسف بالنظر الى مآل التصرف ونتيجته ، دون قصد الى ذلك المآل الممنوع ، فالجزاء دنيوى فقط بمنع مباشرة سببه ، وبازالة آثار الضرر عينا أو تعويضا حسب الاحوال ، سواء أكان الاستعمال معتادا أم غير معتاد . وعلى هذا فالجزاء الدنيوى في التصرفات القولية يكون بابطال التصرف ، أما في التصرفات الفعلية ، فمن المحال ازالة الضرر عينا ، لأن الواقع لايمكن رفعه ، ولكن يمنع استمراره في المستقبل ، بقطع سببه ، والتعويض عما وقع ، كما في استعمال المالك عقاره على نحو يضر بغيره ضررا فاحشا .

تعريف التعسف :

قررنا أن نظرية التعسف مرتبطة أساسا بنظرية الحق ، وطبيعته ، ومدى استعماله ويمكن تعريف التعسف بأنه : " مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الاصل " .

المبحث الثالث
معايير نظرية التعسف
في الفقه الاسلامي

قلنا أن نظرية التعسف في الفقه الاسلامي تجمع بين معيارين رئيسيين هما

١ ـ المعيار الذاتي أو الشخصي : وهذا يستدعي النظر في العوامل النفسية التي حركت ارادة ذى الحق الى التصرف بحقه ، من

الاضرار ، أو الدافع الى تحقيق مصالح غير مشروعة .

٢ ـ المعيار المادي : الذي يعتمد ضابط التناسب بين ما يجنيه صاحب الحق من نفع ، وما يلزم عن ذلك من مفسدة ، ووسيلته في ذلك الموازنة ، فاذا كانت المفسدة مساوية للمصلحة أو راجحة عليها منع الفعل ، وهذا الضابط يحكم التعارض بين الحقوق الفردية بعضها قبل بعض ، والحق الفردي مع المصلحة العامة من باب أولى .

ونبحث هذين المعيارين الرئيسيين بالتفصيل :

المعيار الأول ذو شقين :

آ ـ الاول : تمحض قصد الاضرار .

ب ـ الثاني : الباعث غير المشروع .

أولا : تمحض قصد الاضرار :

هذا المعيار هو أقدم معايير التعسف وأصلها ، بدليل وجوده في الشرائع القديمة ، هذا ، ومجافاته لمبادئ ظاهرة ، غير أن الكشف عنه من العسر بمكان ، لذا يستعان بالامور الظاهرة المادية ، كالقرائن في تبينّه .

هذا ، والقصد الى الاضرار بالغير ممنوع في الشريعة ، فيمنع الفعل الذي اتخذ وسيلة للتعبير عنه أو لتحقيقه ، لأنه يتنافى مع قصد الشارع من تشريعه للحقوق .

الفروع الفقهية في مختلف المذاهب تطبيقا لهذا المعيار

في المذهب الحنفي : ذهب ابو يوسف الى منع من يستعمل حقه

بقصد الاضرار بغيره ، فقد جاء في كتاب الخراج مانصه :

وسألت أمير المؤمنين عن الرجل يكون له النهر الخاص ، فيسقي منه حرثه ونخله وشجره ، فينفجر من ماء نهره في أرضه ، فيسيل الماء من أرضه الى أرض غيره فيغرقها ؟ قال ليس على رب النهر في ذلك ضمان ، من قبل أن ذلك في ملكه وكذا لو نزت أرض هذا من الماء تفسدت ، لم يكن على رب الارض شيء وعلى صاحب الارض التي غرقت ونزت أن يحصن أرضه . ولا يحل لمسلم أن يتعمد أرضا لمسلم أو ذمي بذلك ، ليغرق حرثه فيهـا يريد بذلك الاضرار به ، فقد نهى الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ عن الضرار ، وقد قال : ملعون من ضّار مسلما أو غيره ، وان عرف أن صاحب النهر يريد أن يفتح الماء في أرضه للاضرار بجيرانه ، والذهاب بغلاتهم وتبين ذلك ، فينبغي أن يمنع من الاضرار بهم (١) وهذا بيـن .

وفي المذهب المالكي جاء في تبصرة الحكام :

" لو ادعى الصعاليك على أهل الفضل دعاوى باطلة ، وليس لهم من قصد الا التشهير بهم ، وايقافهم أمام القضاء ايلاما وامتهانا ، لاتسمع الدعوى ، ويؤدب المدعي " (٢) .

وورد فيها أيضا : " لو ادعى غصبا على رجل من أهل الخير ففي الصحيح من رأى مالك أن الدعوى لاتسمع ، ولا يحلف المدعي عليه لئلا يتطرق الاراذل والاشرار الى أذية أهل الفضل والاستهانه بهم " (٣) .

وهذا ـ كما ترى ـ تخصيص لقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ

---

١) الخراج ـ لأبي يوسف ـ ص ١٦١

٢) تبصرة الحكام لابن فرحون جـ٢ ص ١١٩ وما بعدها .

٣) المرجع السابق .

" البينة على من ادعى واليمين على من انكر " بالمصلحة وهي دفع الضرر ،أو التعسف ،قضاء .

انتفاء المصلحة المشروعة قرينة على قصد الاضرار

غيرأنه لعسر تبين هذه النية يستعان بالقرائن ، ومن ذلك أن لايكون له منفعة في استعمال حقه ، ومع ذلك يترتب عليه ضرر بغيره ، فيمنع لأن ذلك قرينة على تمحض قصده الاضرار ، ويمنع من باب أولى ، اذا استعمل حقه على وجه سلبي ،بأن يمنع غيره من الارتفاق بأرضه مثلا ، اذا ترتب على هذا الارتفاق نفع لكليهما ،كما جاء في قضاء عمر (رض)) (١) في قضية محمد بن سلمة .

وفي الفقه الشافعي :

تقرر في الفقه الشافعي وغيره ، أن حبس المدين المماطل عن الاداء شرع وسيلة لاكراهه على اظهار ماخفي من ماله ،وفاء لدينه شريطة أن يكون قد غلب على الظن يساره ، فيحبس بناء على طلب الدائن ، حتى اذا ثبت أعسار المدين ، فلا يجاب الدائن الى طلبه لأن استعماله لحقه في هذه الحال لايؤدى الى المقصود ،ويمكن أن يعتبر قرينة قاطعة على أنه يقصد مجرد احداث الضرر بمدينه والوسائل لم تشرع لذلك ، لأن الاصل أن اعمال المكلفين يجب أن يكون القصد فيها موافقا لقصد الله في التشريع، أى أن تستهدف

---

(١) راجع أدلة النظرية في فقه الصحابة ، تفصيل القول في هذه القضية في كتابنا نظرية التعسف .

المصالح التي شرعت لاجلها ، وهو الأصل الذى بنيت عليه الشريعة والا كانت المناقضة والتعسف .

ويقول العلامة العز بن عبد السلام الشافعي في هذا الصدد : " ان ثبت عسرم فلا يجوز حبسه حتى يثبت يساره " (١)

مذهب الامام احمد

وجاء في كشاف القناع من تطبيقات هذا الأصل ، ان صاحب الحائط الذى يستتر ملك جاره به ، لايملك هدمه دون عذر قوى ، أو غرض ـ صحيح ، فالحق في التصرف هنا مقيد بما لايعود على غيره بالضرر واستعماله دون غرض مظنة قصد الاضرار ، فيمنع .

أما اذا كان له غرض صحيح ، فله ذلك ، لانتفاء قصد الاضرار ، ولأنه اذا كان له مصلحة ظاهرة في هدمه ، فمنعه من تحصيلها مضرة والضرر لايزال بالضرر (٢) " .

وجاء فيه أيضا (٣) " وليس له ـ أى رب الحائط ـ منعه ـ أى منع جاره من وضع خشبه ، واذا لم يكن بناء السقف الا به دون الاضرار بالحائط لما تقدم فان أبى رب الحائط تمكينه منه أجبره الحاكم عليه لأنه حق عليه (٤) " .

---

١) القواعد جـ ١ ص ١٠٢ ـ الطرق الحكمية ص ٧٣ وما بعدها معين الحكام ص ٢٣٣ .

٢) كشاف القناع جـ ٣ ص ٣٤٢ .

٣) المرجع السابق

٤) كشاف القناع جـ ٣ ص ٣٤٢ .

ثانيا : استعمال الحق في غير المصلحة التي شرع من أجلها :

قلنا في تعريف التعسف ، أنه مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعا بحسب الاصل ، وهذا المعنى يتحقق في استعمال الحق في غير الغرض أو المصلحة التي من أجلها شرع لأن قصد ذى الحق في العمل هنا مضاد لقصد الشارع في التشريع ، ومعاندة قصد الشارع عينا باطلة ، فيكون باطلا بالضرورة كل ماأدى الى ذلك ، ولا خلاف بين العلماء في هذا ، لأنه تحيل على المصالح التي بنيت عليها الشريعة وهدم لقواعدها ، وانما الخلاف بينهم في أمر آخر ، هو الوسيلة التي يتوصل بها الى كشف ذلك القصد أو الباعث بم يثبت ؟ المعيار الثاني الاختلال البيّن في توازن المصالح ـ أو انعدام التناسب .

وينطوى هذا المعيار على الضوابط الآتية :

أولا : الاختلال البيّن بين مصلحتين فرديتين ، بحيث لايكون ثمة تناسب بينهما اطلاقا .

ثانيا : الضرر الفاحش اللاحق بالجار من جراء استعمال المالك لعقاره .

ثالثا : الضرر العام اللاحق بالمجتمع أو بقطر من اقطاره ، أو بأهل بلد من ذلك القطر ، أو بأهل حي من ذلك البلد ، أوجماعة عظيمة منهم ، من جراء استعمال الحق الفردى .

وهذه الضوابط الثلاثة ، يجمعها معيار اختلال التوازن البيّن بين المصالح المتعارضة . وقد ذكرنا ، أن هذا المعيار موضوعي مادى ، ينظر الى ثمرة الافعال ونتائجها في حد ذاتها ، وبينا أنه مشتق من أصل مستقر في أصول الفقه الاسلامي ، وهو النظر في مآلات الافعال

الذى تفرع عنه مبدأ سد الذرائع ، والاستحسان ، والاستصلاح (١) ومراعاة الخلاف ، كما تأيد بالقواعد المحكمـة (٢).

الوميار الثاني الموضوعي الضرر الفاحش :

هذا المعيار قرره الفقه الاسلامي ، لتنسيق المصالح الفرديـة المتعارضة ، لاسيما في العلاقات الجوارية ، ولا شك أن في تنظيمها وتنسيقها ، رعاية للصالح العام .

وقد رأينا المذهب المالكي والحنبلي ، ورأى فقهاء الحنفيـة المتأخرين الذى استقر في المذهب الحنفي (٣) ، أن حق المالـك مقيد في التصرف بملكه قضاء بما يمنع الاضرار الفاحشة عن جاره ، وهـي المضار غير المألوفـة .

أما الضرر المألوف ، فلا بد من تحمله والتسامح فيه ، اذ لـو قيل بمنعه ، لأدى ذلك الى تعطيل استعمال حقوق الملكية كافـة وذلك يخالف النصوص الواردة في ولاية التصرف في الملك ، كما أنـه مخالفة للاجماع والمعقول ، لعدم استقامة امكانية استعمال حق الملكية باطـلاق .

---

١) راجع الاصول الفقهية التي تؤيد نظرية التعسف في استعمال الحق ص ٤٠٣ وما بعدها .

٢) راجع القواعد الفقهية التي تثبت النظرية ص ٤٠٣ وما بعدها .

٣) راجع علاقات الجوار ص ٨٠٣ وما بعدها وراجع اصول التكافل الاجتماعي وأثره في تقييد الحق الفردى ص٢٢٤ وما بعدهـا وراجع آراء الائمة في مدى استعمال حق الملكية بالاستناد الـى حديث " لاضرر ولا ضرار " .

والضرر الفاحش أعم من أن يكون ماديا ، كالدخان الكثيف ، والأصوات المقلقة للراحة ، وتلويث مياه البئر بالنجاسات أو القاذورات ، والروائح الكريهة الضارة بالصحة ، ومنع الشمس والهواء والنور ، وغير ذلك من الأضرار المادية التي تعطل الانتفاع بالمنافع المقصودة من العقار ، أو تسبب وهنه أو انهدامه .

الأصل العام الذى ينتظم معايير التعسف :

الواقع أن هذه المعايير التي ذكرناها للتعسف ، من تمحض قصد الاضرار ، واستعمال الحق في غير المصلحة التي شرع من أجلها واختلال التوازن البيّن بين المصالح ، والضرر الفاحش ، وتعارض المصلحة الخاصة مع العامة ، كل هذه المعايير في الواقع ينتظمها أصل عام واحد يمكن أن يعتبر معيارا عاما للتعسف هو : استعمال الحق في غير ما شرع له .

وبيان ذلك :

أن استعمال الحق لم يشرع وسيلة للاضرار بالغير ، أو لتحقيق اغراض غير مشروعة ، وكذلك لم يشرع ليتخذ وسيلة الى تحقيق مصلحة ضئيلة بالنسبة لما يلزم عنه من اضرار راجحة لأن ضابط المشروعات - كما علم بالاستقراء - أن كل ما كان ضرره اكثر من نفعه لا يشرع ، وكذلك لم يشرع الحق ليكون وسيلة لفرض أضرار فاحشة تلحق بالغير من الافراد أو للاضرار بالمجتمع ، واذا لم تكن الحقوق وسائل مشروعة لهذه الاغراض بدا واضحا ما في استعمالها على هذه الوجوه من مناقضة لقصد الشارع في التشريع ، لأنها استعملت في غير المصالح التي شرعت من اجلها .

نظرية الظـــروف الطارئــــة
فـــــي الفقــه الاســـــلامي المقـــــارن

اولا : تعريف النظرية العامة فقها :

لم نعثر على تعريف للنظرية العامة فيما بين ايدينا من مصادر الفقه الاسلامي ، لسبب بسيط ، هو أن الفقهاء القدامى ، لم يعنوا ببحث النظريات العامة ، بل كانوا يتناولون كل واقعة على حدة بالبحث ، يشرعون لها من الأحكام مايقتضيه العدل ، كما بينا ، استنباطـــــا من النص ان ورد فيها ، أو دلالة بالاجتهاد بالرأى ، من قواعد التشريع او معقول النصوص ، آخذين في اعتبارهم ، مايحتف بها من ظـــــروف ملابســة ، في كل عصر .

غير أن ماصدر عنهم من اجتهادات في الفروع ، وما استندوا اليــه في ذلك من أدلة جزئية وأصول عامة ، يمكن ان يستخلص منها نظريات عامة ، تنفرد كل منها بمفهوم كلي ، ذى موضوع معين ، وأركان وشرائط هي ملاكها ، وآثارها التي تبنى عليها .

ذلك لأن هذه الأحكام التفصيلية الفرعية العملية ، يتضمن كـــل منها ذلك المفهوم الكلي ، والا ماكان تطبيقا له ، اذ كل حكم فرعي يندرج تحت قاعدة عامة ، أو نظرية عامة يتضمن في حد ذاته ، المفهـــوم

الكلي لكل منهمـــــا ٠

وعلى هذا ٠ فان البحـــث في فروع مثل هذه النظرية العامة ٠ أو غيرها من مثل " نظرية الحق " و " نظرية التعسف في استعمال الحق " و " نظرية العقد " يمكننا تعريف النظرية العامة على النحو التالي :
النظرية العامة فقها هي : " مفهوم كلي قوامه أركان وشرائط وأحكام عامة يتصل بموضوع عام معين ٠ بحيث يتكون من كل اولئك نظام تشريعي ملزم ٠ يشمل بأحكامه كل ما يتحقق فيه مناط موضوعه " ٠
ومناط كل نظرية مضمونها الموضوعي الذى ينهض به أركان معينة وشرائط لهذه الأركان ٠ اما ما يبنى على ذلك من أحكام تترتب على تحقيق هـــذا المناط فهي آثارها ٠

تحليل التعريف وبيان محترزاته :

١ ـ النظرية العامة لاتتعلق بمسألة خاصة تفصيلية فرعية معينة بالذات لذا ٠ قلنا أنها " مفهوم كلي " يندرج تحته وقائع لاتحصى كثرة ٠ مما يتصل بموضوعه ٠ ويتحقق فيه مناطـــــــه ٠

٢ ـ وأيضا ٠ ليست النظرية " قاعدة عامة " لأن هذه الأخيرة ليست ذات أركان ٠ كما أنها ذات حكم واحد ٠ بخلاف النظرية فانها تقوم على أركان ٠ وشرائط لابد منها لقيام هذه الأركـان كما أشرنا ٠ ولذا من الممكن ان تقوم النظرية العامة على عـــدة " قواعد كلية " أو معايير يؤكد هذا قولنا في تعريفها : وأحكامه العامة ٠ ومعلوم أن القاعدة ليس لها الا حكم واحـــد كما اسلفنا ٠ فنلخص : أن النظرية العامة تفترق عن القاعدة

العامة ، من حيث أن النظرية قوامها أركان وشرائط لهـذه الاركان يترتب عليها احكام ، هي حلول لجزئياتها ، وليس كذلك القاعدة الكلية ، التي تنطبق بمفهومها الكلي على معظم جزئيات موضوعها .

٣ - لكل نظرية عامة موضوع معين ، فاذا تحققت في جزئية تتصل بهذا الموضوع ، الاركان والشرائط فقد تحقق مناط هذا الموضوع فيهما وانسحب عليها ماينا سبها من الحكم المنصوص عليه فيها .

وانما قلنا " الحكم المناسب " لان لكل حالة من الحالات التي تتصل بموضوع النظرية حكما يعتبر حلا يقتضيه العدل فيها .

فقد يكون " الحكم فيما نحن بصدد البحث فيه ، فسخ العقد بالنسبة لحالة معينة وقد يكون انقاص قيمة الالتزام ، او مقدار ه بالنسبة لاخرى ، أو ارجاء تنفيذه ، انظارا للمعسر ، أو توزيع عبء الخسارة على طرفيه ، وهكذا ، فلكل حالة مايقتضيه العدل من الحكم ، درءا للضرر بقدر الامكان ، واعادة التوازن دون فسخ ما أمكن .

٤ - أما كون التشريع الذى تضمنته هذه النظرية اذا تحققت اركانها وشرائطها (مناطها) ملزما ، فلأن هذه النظرية انما تضافر على اثباتها وتشييدها ، أحكام شرعية تفصيلية لاتحصى كثرة ، فارتقت أحكامها الى مستوى القطعية ، أو غلبة الظن على الأقل ، وكلتا هما توجب الالزام ووجوب العمل .

ولأن غلبة الظن بالحكم الاجتهادى في فرع معين توجب العمل فلأن يجب العمل بما تشهد له فروع شتى من باب اولى .

ونتج عن ذلك مايلي :

اولا : ان اهدار مضمون النظرية ـ واستخلاصه من أشق الاجتهادات الفقهية أو أطرح تطبيق احكامها ، على جزئيات مضمونها ، بعد تحقق هذا المضمون او المناط فيها ، انما هو في الواقع . اهدار لتلك الاحكام التفصيلية ، التي نهضت بها ، والثابتة نصا او دلالة وهذا لايقول به عاقل ، فضلا عن مجتهد ، لأنه مضادة لارادة المشرع الحقيقية ، واطراح للعمل بأصل معنوى عام ثابت قطعا او في الغالب من الظن .

والأصل المعنوى العام ، كالاصل اللفظي العام ، كما يقول الامام الشاطبي ، من حيث قوة الاحتجاج به ، وصحة بناء الاحكام عليه (١) .

ثانيا : ان الشارع الحكيم ، اذ شرع تلك الاحكام التفصيلية نصا ، أو استنبط بعضها المجتهدون من معقول النصوص ، أو أدلة الاحكام العامة ، ثم استخلصت منها النظرية العامة اجتهادا فقد شهد لها بالاعتبار شواهد كثيرة ، أو بعبارة أخرى تعدد اعتبار الشارع لمضمونها ، واحكامها بقدر ملاحظته ـ لذلك المضمون في كل فرع او دليل عام ، لأنا قدمنا ، أن كل فرع من تطبيقاتها ، ينطوى على مضمون النظرية كملا ، والا ماكان تطبيقا لها ، ولا تعدد اعتبار الشارع لأساس كل حكم فيها .

---

١) راجع كتابنا : " اصول التشريع الاسلامي "

ـ الموافقات : جـ ص

ومن هنا كانت ارادة الشارع فيها واضحة وحقيقية ، مضمونا وحكما مما يؤكد كونها مقصودا للشارع قطعا . هذا من حيث النظر العقلي المحض .

أما من حيث التطبيق والعمل ، فان تحقيق مضمونها او مناطها في الوقائع المعروضة ، ليبتنى عليها الحكم المناسب من احكامها ، تحقيقا لمراد الشارع ، فقد أضحى واجبا شرعا .

على أن الحكم التطبيقي العملي لايشترط فيه أن يكون قطعيا ، بل تكفي فيه غلبة الظن لوجوب العمل كما قدمنا .

هذا فضلا عن الاصول العامة التي تستند النظرية اليها واستشهد بها الفقهاء في معرض استدلالهم في الفروع .

ثانيا ـ مظان الأحكام التفصيلية التي اشتقت منها هذه النظرية موضوعا وأركانا وشرائط لهذه الأركان ، وأحكاما (١) .

سبق أن اشرنا الى أن الفقهاء القدامى ، لم يعنوا ببحث النظريات العامة ، لأنهم كانوا يؤثرون أن يجتهدوا في تحرى حكم الله تعالى في كل مسألة على حدة ، بما يقتضيه العدل فيها ، على أن يصوغوا مفاهيم كبرى يعممون أحكامها على كل مايتصل بموضوعها ، بل نراهم يعنون في تحليل الواقعة علميا وواقعيا ، وما تحتف بها من ظروف يرون أن لها دخلا في تشكيل علة الحكم ، برهان ذلك كثرة الاستثناء من الاقيسة

---

(١) المظان ـ بفتح الميم وتشديد النون ـ جمع مظنه ـ بفتح الميم وكسر الظاء وتشديد النون ـ ومظنة الشيء موضعه ومألفه الذى يحتمل وجوده فيه . مختار الصحاح ص ٤٠٦ .

الغاية ، أو الرجوع عن الاستثناء الى القياس العام ولكن ليس من معنى هذا ، ولا من مقتضاه ، أنه لايمكن استخلاص نظريات عامة من اجتهاداتهم في الفروع ، سواء ماكان منها جاريا على سنن القياس او مستثنى منه ، لأن الاجتهاد العلمي من المؤهلين له ، في المسائل الفرعية المتجددة ، أو التي تغيرت ظروفها الملابسة ، بما يقوم عليه من الاستدلال والمنطق التشريعي ، هو بطبيعة قابل للتأصيل ، اذ التفريع والتأصيل ، هما قوام الاجتهاد التشريعي كله (١) .

وباعتبار أن مايطلق عليه الاصطلاح " الظروف الطارئة " في الفقه الوضعي ، ولا سيما في معظم قوانين البلاد العربية التي تبنت هذه النظرية من الفقه الاسلامي في هذا القرن قد وجدت فروعها وتطبيقاتها منذ القدم في الفقه الاسلامي في المظان الآتية :

١ ـ أحكام فسخ عقد الاجارة بالعذر ، في المذهب الحنفي ، سواء أكان العذر (وهو الظرف الطارئ على ابرام العقد) لاحقا بالمؤجر أم بالمستأجر ، أم بالعين المؤجرة .

ونظرية العذر هذه تفرد بها المذهب الحنفي دون سائر المذاهب الجماعية ، على أن بعض الحلول التي تتعلق بالظرف الطارئ في المذاهب الاخرى وان كانت تتفق وما ذهب اليه المذهب الحنفي في موضوعها ، غير أنها لم تبن على اساس نظرية

---

(١) غير أن التأصيل في الفقه الاسلامي ، وبناء نظريات عامة على اساس من فروعه اجتهاد شاق ومضن ، يفتقر الى كثير من الصبر والأناة ، بالنظر لتعقد اسلوب مصادره فضلا عن افتقاره الى سعة الثقافة والتعمق في علم الاصول باعتباره من أهم ادوات الاجتهاد .

العـــــــــذر (١) ، بل على اساس آخر هو العيب في المعقود عليه الذى يثبت به للمشترى حق الخيار ، فيكون من مظا نها على كل حال .

٢ — احكام خيار العيب في المعقـــود عليـــه .

٣ — وضع الجوائح (٢) في الزروع والثمار في المذهبين المالكي — والحنبلي ، وأحكام الجوائح تدور بين فسخ العقد ، وبيـــن الحط من الثمن عن المشترى ، بقدر التالـــــف مـــــن

---

١) راجع بحث فسخ الاجارة بالعذر في المـــذهب الحنفي — المبسوط ج ١٦ ص ٢ وما يليها — للامام السرخسي — البدائع في ترتيب الشرائع : ج ٤ ص ١٩٧ وما يليها للامام الكاساني — تبيين الحقائق ج ٥ — ص ١٤٦ وما يليها للامام الزيلعي .

— البحر الرائق : ج ٨ ص ٣٥ وما يليها — تحفة الفقهاء : ج ٢ ص ١٧٤ للسمرقندى .

— تكملة فتح القدير : ج ٧ ص ٢٢٢ — درر الحكام شرح مجلـة الاحكام ص ٧٣٧ وما يليها علي حيدر .

٢) راجع احكام الجوائح في المذهب المالكي .

١ — الزرقاني : شرح موطأ مالك — ج ٣ ص ١٠٣

٢ — بداية المجتهد : ج ٢ ص ١٦٣ وما يليها وص ١٨٧ لابن رشد الحفيـد .

٣ — القوانين الفقهية : ص ٢٦٨ وما يليها — ابن جزى .

٤ — شرح الدسوقي على الدردير : ج ٤ ص ٢٧ وما يليها .

في الفقه الحنبلي — المغني : ج ٤ ص ٢١٦ ، كشاف القناع : ج ٣ ص ٢٣٠ وما يليها فتاوى ابن تيمية : ج ٣ ص ٢٦٣ .

الثمر أو الزرع (١) تبعا لما أحدثته الجائحة (٢) من أثـــر استئصالا ، أو انتقاصا وفي هذه الحال يكون التلف كلا أو بعضا مـــن ضمان البائع وحـده .

٤ ـ أو توزيع عبء الخسارة على طرفي العقد في حالة تقلب أسعار النقود (٣) وتغير قيمها (٤) أي تعديل الثمن المسمى ، لا فسخ العقد ، وهو ـ ما يسميه ابن عابدين " الصلح على الأوسط " .

ثالثا ـ مضمون النظرية فقهـــا :

من الخطأ الظن بأن ما يسمى بنظرية الظروف الطارئة في قوانين البـلاد العربية وبعض القوانين الأجنبية تطابق في مضمونها ومعاييرها وأحكامهـا ما استقر في الفقه الاسلامي المقارن ، من تطبيقات لها ، فثمة فروق واضحة في كل أولئك ، مما تأبى الدقة العلمية في البحث اغفالها ، فادعاء بعض

(١) الجائحة في المذهب الحنبلي " كل آفة لا صنع للآدمي فيها ، أي السماوية ـ المغني جـ ٤ ص ٢١٦ .

ـ وما في المذهب المالكي ـ فالجائحة هي الآفة السماوية التي تصيب الثمر كالبرد والعفن والدود والعطش وهذا بالاتفاق أمـا ما يكون من صنع الآدميين كالسرقة ففيه خلاف ، فبعضهم رآه جائحة وآخرون لم يروه كذلك ، على ما سيأتي تفصيله .

ـ بداية المجتهد : جـ ٢ ص ١٦٢ و ص ١٨٧ ابن رشد الزرقاني جـ ٣ ص ١٠٣ .

(٢) رسائل ابن عابدين : جـ ٣ ص ٥٨ ـ مسألة تنبيه الرقود على مسائل النقود .

(٣) رسائل ابن عابدين : جـ ٢ ص ٥٨ مسألة تنبيه الرقود على مسائل النقود .

(٤) قيم : بكسر القاف وفتح الياء ، جمع قيمة .

الكاتبين المحدثين هذا التطابق فيه شيء كثير من التزيد •
الفقه الاسلامي ، ان في معايير أحكامه ، أو شروطه ، لاتتخلف اعتبارات العدالة والانصاف من حيث تصورها نظرا أو تطبيقها عملا في كل فرع من فروعه ، فلا يصدر حكم عن الأئمة مستخلص من نص ، أو مستنبط اجتهادا الا على أساس استدلال دقيق قوى محكم يربط الجزئي بالكلي ، والحكم بمقصد تشريعه ، ولا يضع شرطا الا ليؤكد ذلك المقصد نظرا وعملا ، اذ الشروط ينبغي الا تتنافى وحكمة مشروعية الحكم ، فلا تجد بينهما تناقضا او تخالفا مما يؤكد المنطق المتسق لهذا التشريع العظيم •
وعلى هذا ، فمضمون النظرية ، كما يستخلص تطبيقاتها في مظانها ، ان ثمة " حادثا ، أو ظرفا ، أو عذرا ، خاصا (١) ، أو عاما ، قد طرأ بعد ابرام العقد ، وقبل ا تنفيذه أو اثنائه ، سواء أكان لاحقا بشخص أحد طرفي العقد (٢) أو بمحل العقد ، مما لم يكن متوقعا ، ولا ممكن الدفع غالبا (٣) ، جعل تنفيذ الالتزام التعاقدى ضارا بالمدين ضررا زائدا أو فاحشا (٤) ، وغير مستحق بالعقد ، لأن منشأه ذلك الحادث لا ذات الالتزام ، فهو اذن خارج عن نطاق التعاقد ، سواء أكان الضرر قوامه تفويت منفعة محل العقد كلا أو بعضا ، أم من

---

١) القوانين العربية اشترطت في الظرف ان يكون استثنائيا وعاما ، لا خاصا بالمدين •

٢) لاتعترف القوانين بالظرف الشخصي بل الموضوعي الواقع على محل العقد ، مما يقصر أثره على اقتصادياته •

٣) بعض الظروف في تطبيقات هذه النظرية في الفقه الاسلامي ، ممكن التوقع والدفع ، خلافا للقوانين التي اشترطت الا يكون متوقعا ، بل ليس في الوسع توقعه ، ولا دفعه •

٤) صرح بعض الفقهاء بمفهوم الزائد بانه فاحش •

تعذر استيفاء منفعة المعقود عليه ، حسا أو شرعا (١) حتى يصبح مستحيلا لامرهقا فحسب (٢) في بعض الحالات ، أو كان ضررا شخصيا راجحا يلزم من المضي في تنفيذ موجب العقد (تنفيذ الالتزام) لطرف شخصي مما لاعلاقة له بمحل العقد وسلامته ، وكامل منفعته (٣) .
الاثر أو الحكم الذى يترتب على مثل هذه الاعذار والحوادث في فقه المذاهب الكبرى الاربعة ، أما فسخ عقد الاجارة ، كما في المذهب الحنفي ، أو الحط من الثمن بقدر التالف من المبيع ، كما في الجائحة أو الآفة التي اصابت الثمر أو الزرع أو الخضار ، وقد يسقط الثمن كله

---

١) الحادث الذى يمنع استيفاء المنفعة حسا ،كالفيضان ، أو الحرب التي تنشر خوفا عاما يحول دون امكان زراعة الارض في الاولى ، حسا ، أو الوصول الى العقار المؤجر في الثانية كذلك .
أما المانع الشرعي فمن مثل عارض الطمث (الحيض) بالنسبة للمرأة المستأجرة لتنظيف المسجد ،اذا اتفقت مدة الاجارة مع طروء هذا العارض ، اذ يحرم عليها شرعا دخول المسجد في هذه الحال ، فتنفسخ الاجارة بهذا العذر ، فالمانع شرعي لاحسي ، كما ترى اذ من الممكن أن تنظف المسجد عملا لولا هذا المانع الشرعي .

٢) القوانين العربية تشترط الارهاق ، اما اذا بلغ حد الاستحالة فيدخل في نظرية أخرى هي نظرية الظروف القاهرة .

٣) لاتعترف القوانين العربية بالظرف الشخصي الطارىء الذى ينشأ عنه ضرر أرجح من منفعة العقد بعد الموازنة . في النظرية العامة الا استثناء في بعض التطبيقات في عقد الاجارة ،كما يرى في نص المادة ٦٠٨ من القانون المدني المصري مثلا ، وهذا الاستثناء في الواقع ـ رجوع لأحكامها في الشريعة الاسلامية .

اذا أتت الجائحة عليه وأستأصلته ، في المذهبين المالكي والحنبلي ، وتحميل البائع عبء الخسارة كلها ، او تعديل قيمة الالتزام التعاقدى في الثمن وتوزيع عبء الخسارة على طرفي العقد في مسألة الوفاء بالنقود عند تقلب قيمتها وأسعارها ، وهذا مايسميه ابن عابدين " الصلح على الأوسط " (١) أو ارجاء تنفيذ الالتزام على ضوء ماتقتضيه العدالة في كل حالة على حدة .

وذلك هو مضمون النظرية ـ باجمال وايجاز ـ في الفقه الاسلامي المقارن .

والخلاصة : ان مضمون النظرية يعتمد على العناصر التالية من الاركان والشروط .

أولا : وجود عقد يتراخى تنفيذه عن وقت ابرامه ، سواء أكان من العقود المستمرة التنفيذ ، حتى يعتبر الزمن عنصرا ملازما للاستيفاء من قبل احد المتعاقدين ، لاينفصل عنه لأنه معياره ، كما في عقد الاجارة ، بالنسبة للمستأجر ، او يعتبر عنصرا في الاداء بالنسبة لمن عليه الحق ، بالنسبة للمؤجر .

أو كعقود بيع الثمر القائم على الشجر ، وبعد بدو صلاحه ، فانه تقطف بطونها متلاحقة على النضارة عادة ، فيستمر تنفيذ العقد ، ولا يتعاصر مع وقت ابرامه .

ومثل ذلك بيع الزروع والخضار التي يتلاحق قطفها .

أو كان عقد بيع فورى التنفيذ ، فيما عدا الزروع والثمار والخضار ، اذا كان الثمن كله مؤجل التنفيذ بالاتفاق ، الى أجل مسمى ، أم كان ـ

---

(١) المراجع السابقة .

منجما على اقســاط ٠

وعلى هذا ، فلا بد من وجود عقد تراخـي وقت تنفيذه عن وقت ابرامـه ليتصور طروء العذر أو الحادث بعد الابرام وقبل التنفيذ أو اثنـــاءه مما يجعل تنفيذ الالتزام التعاقدى ضارا ضررا زائدا نتيجـة للظـــرف الطارىء ٠

ثانيا : أن يكون ثمة حادث قد طرأ بعد ابرام العقد لم يكن متوقعـــا ولا كان بالوسع توقعه ،كما لايمكن دفعه ، والتحرز منه وهذا في الأعـم الاغلب في التطبيقات ، كما أسلفنا ، وسواء أكان هذا الحادث سماويا ، كالجوائح والفيضان والجراد والعفن ، والدود ، أم مـــن الآدميين كالحرب والثورة ٠

١ ـ ويشترط ألا يكون حدوثه بسبب من أى من المتعاقدين والا كـان مسئولا عن آثاره وحده ، ولا ينتفع بأحكام هذه النظرية ٠

٢ ـ كما يشترط الا يكون منه تقصير في دفعه والتحرز منه ، والا كـان مقصرا ، ويتحمل تبعة تقصيره ، ولا يستفيد من أحكام هذه النظرية ٠

٣ ـ يستوى أن يكون الظرف عاما أم خاصا لاحقا بشخص أى ... ـ المتعاقديـن ٠

ثالثا : ان يحدث ضرر زائد أو فاحش غير معتاد نتيجـة لهذا الظرف او العذر الطارىء ، لانتيجـة للالتزام نفسه ، وملازم حدوثه لتنفيذ موجب العقد ،بحيث لايمكن انفكاكه في الأعـم الاغلب ٠

رابعا : ويستوى أن يكون الضرر ماديا اقتصاديا يخل بالتوازن بيـن الالتزامات الناشئة عن العقد ، أو أن يكون معنويا يمس الاعتبار الانساني ، أو شرعيا يمنع الشارع نفسـه من تنفيذ العقد لطروء هـــذا

الحادث أو المانع الشرعـــــي .

وقد يصبح تنفيذه - بسبب الطارئ - مستحيلا ، لمانع حسي أو لمانـع شرعي كما اسلفنا ، وأن كان هذا المعنى ، مما يطلق عليه الفقه الوضعي ، الظروف القاهرة لا الطارئة ، ويجعلون فيصل التفرقة بينهما ، ان تنفيـذ موجب العقد أن أصبح مستحيلا فذلك من جزئيات الظروف القاهرة ، وان كان ممكنا ، ولكن بضرر فاحش ، فمن جزئيات ومضمون الظروف الطارئة .

خامسا . أحكام هذه النظرية ، وحلولها ، وقد سبقت الاشـــارة اليهـــــا .

رابعا : التكييف الفقهي للنظريـــــة :

يقصد بالتكييف الفقهي للنظرية وصفها الذى أضفاه عليها الفقهاء في ضوء الآثار التي ترتبت عليها •

وقد أشرنا الى أن النظرية ذات أحكام وآثار ، يطبق كل منها على الواقعة المعروضة بظروفها ، بما يتفق ومقتضى العدل •

وعلى هذا ، يختلـف الحكم أو الحل باختلاف طبيعة الواقعة وظروفها الملابسـة على النحو التالي :

آ — قد رأينا ، أن من حلولها ثبوت حق الفسخ ، للمتعاقد المضرور بالاعذار فـي عقد الاجارة •

ب — ومنها " الانفساخ التلقائي بحكم الشرع " كما في حالة تعــذر استيفاء المنفعة شرعا ، أى لمانع شرعي •

هذا ، ولاستحالة التنفيذ شرعا ، ينفسخ العقد تلقائيا ، دون رضا المتعاقدين ، ودون حاجة الى رفع الأمر إلى القضاء ليحكـم بالفسـخ •

جـ — وقد يكون الحكم " تعديل قيمة الالتزام " كما في أحوال تغيـر قيم النقود ارتفاعا وهبوطا ، وتوزيع عبء الخسارة على طرفي العقد وهو ماسماه الفقهاء " الصلح على الاوسط " لاعادة التوازن بقدر الامكـــان •

د — أو يكون تحميل البائع وحده عبء الخسارة ، كلا أو بعضا ، كما في الجائحة في الثمار والزروع ، بقدر التالف وتعديل الثمن • ولكن على حساب البائع وحده ، كما أشرنا •

ـ التكييف الفقهي للنظرية في ضوء حلولها هو أنها صورة من صور تعديل التزام العقد ، أو فسخه ، أو انفساخه تلقائيا بحكم الشرع .

تبين لنا مما سبق ، وفي ضوء الحلول التي وضعها الفقهاء ، ان النظرية تتخذ صورة من تعديل العقد ، أو فسخه بارادة منفـــــردة هي ارادة الطرف المضرور ، أو انفساخه (١) شرعا .

هذا ، وحق فسخ العقد ثابت هنا لا على أساس أن العقد فاسد ، ولا على أساس خيار الشرط او غيره من الخيارات ، بل على أساس الضرر الفاحش الناشيء عن السبب الطارئ (٢) وغير المستحق بالعقد .

أما في قوانين البلاد العربية ، فقد اتخذت النظرية صورة واحدة فقط ، هي صورة " تعديل العقد " ويتولى ذلك القضاء وحده .

فلا تعرف القوانين العربية التي استقت النظرية من الشريعـــــة الاسلامية صورة " فسخ العقد " بل أبقت على العقد قائما ، على الرغم من طروء الظروف وجعلت للقاضي سلطة " تعديل العقد " فقط . غير أن هذه القوانين اضطرت آخر الأمر ـ في تطبيقات عقد الاجارة ولظروف طارئة شخصية ، لاحقة بالمستأجر الى اللجوء الى اثبات حق الفسخ ، كما في المادة ٦٠٨ و ٦٠٩ ، من القانون المدني المصرى ، وهذا حكم مقتبس من الفقه الاسلامي في بعض مذاهبه ، كالمذهب الحنفي ، ولكن على سبيل الاستثناء من عموم حكم النظرية .

هذا ، والشريعة الاسلامية ، لم تعتبر هذه النظرية صورة مـــن

---

١) والواقع ان استحالة التنفيذ تدخل في نظرية الظروف القاهرة .

٢) فهو اذن صورة من صور فسخ العقد ـ والفسخ حل ارتباط العقد .

صور " البطـــــلان " . بداهـة ، لأن المفروض أن العقد صحيح قائم نافذ لازم ، ثم طرأ العذر .

ولا صورة من صور " انقضاء العقد الذى يتم بتنفيذه التزاماته المتبادلة " لأن المفروض أن الإلتزام المرهق لم ينفذ بعد ، اذ أصبح تنفيذه بعـد طروء العذر ، سببا لاضرار فاحشة للمدين ، وهو غير مستحق بالعقـد فكان ثبوت الفسخ للمتعاقد المضرور اذن ، ليدفع عن نفسه الضرر ، وليمتنع عن تحمل غير المستحق ان شاء .

وليس صورة من الفسخ بالتراضي (الاقالة) ، ولا بسبب الخيار الذى يتصل بعيوب الرضاء . وبالنظر في أحكام النظرية في الفقه الاسلامـي يبدو أنه اكثر مرونة في أمدادها بالحلول الاخرى كالفسخ عن طريق ـ الاستثناء ، لوقائع لاتقتضي العدالة ابقاء العقد . كما في حالات الاعذار الشخصية في عقد الاجارة على النحو الذى قدمنا (١) .

---

١) تنص المادة ٦٠٨ من القانون المدني المصرى على مايلي : " اذا كان الايجار معين المدة جاز لكل من المتعاقدين ، أن يطلب انهاء العقد (فسخه) قبل انقضاء مدته ، اذا جدت (طرأت) ظروف خطيرة غير متوقعة ، من شأنها أن تجعل تنفيذ العقـد من مبدأ الأمر ، أو في أثناء سريانه ، مرهقا ... " .

وطلب انهاء العقد ـ فسخه .

وكذلك المادة ٦٠٩ من القانون المذكور ، اذ تنص على أنه " يجوز للموظف أو المستخدم اذا اقتضى عمله أن يغير محل اقامته ، أن يطلب ايجار مسكنه ، اذا كان هذا الايجار معين المدة .. "
وهذا استثناء من عموم حكم النظرية في القانون ، وهو " تعديل العقد " وفي ذلك رجوع الى حكم الفقه الحنفي .

مبدأ تدخل القاضي لتعديل التزامات العقد او فسخه في الفقه الاسـلامي .

والواقع أن الفقه الاسلامي ـ منذ القديم ـ وفي ضوء احكـام هذه النظرية لم يجعل العقد شريعة للمتعاقدين ، يقوم مقام القانون في الزام كل من متعاقديه بكل آثاره وبنوده ، وفي جميع الظروف المتغيرة بل وضع " مبدأ اعادة النظر في العقد " من جديد في ضوء اثـار الظروف التي طرأت عليه ، بما تقتضيه العدالة سواء أكانت اعادة النظر من قبل المتعاقد المضرور ، وهو صاحب الحق الاول في هذه الحال ، او من قبل القاضي ، وبذلك وضعت الشريعة " مبدأ تدخل القاضي " في تعديل العقد في ضوء الظروف الجديدة الطارئة ، فلم تعـد وظيفته مقصورة على مجرد تفسير العقد في ضوء نية عاقديـه ، أو بعبارة أخرى يملك القاضي المجتهد ، وظيفتين حسب الاحوال :

١ ـ وظيفة تفسير العقد ، في ضوء نية عاقديه ، ليتم تطبيقـه تطبيقا سليما على مقتضى تلك النية المشتركة ، لطرفيه ، وهذه هي وظيفته الاولى والاساسية .

٢ ـ وظيفة تعديل العقد ، أو تعديل قيمة الالتزام ، وأحيانا فسخه ، حسب الأصـول تحقيقا للعدالة ، وهذا تدخل من القاضي ، وخروج على مبدأ اصل لزوم العقد من حيـث الظاهـر .

تدخل المشرع للحكم بانفساخ العقد تلقائياً دون رضاء أو قضاء

ويتدخل المشرع أحياناً بحكم مباشر ، في حالات معينة فيقضي بانفساخ العقد تلقائيا ، دون حاجة الى ارادة الطرف المضرور ، او الـى حكم القضاء كما أشرنا ، اذا كان الظرف المانع شرعيا .

وهذا مما يضعف من مبدأ سلطان الارادة ، بلا ريب ، اذ مقتضيات العدل هي التي ينبغي أن تسود جزئياته في الفقه الاسلامي ، ولذا لابد في كل عقد ـ كما يقول الامام ابن تيمية ـ من رضى المتعاقديـن وموافقـة الشرع .

خامسا : الادلة التي نهضت بتأصيل النظرية في الفقه الاسلامي المقارن

أ ـ الأدلة الاجمالية :

ترجع الادلة الاجمالية التي تنهض بتأصيل هذه النظرية ، الـى أصول تشريعية عامة (١) ، وقواعـد فقهيـة .

---

(١) كل أصل عام نص عليه المشرع في الكتاب العزيز ، أو السنة المطهرة نطلق عليه " الاصل التشريعي العام " .
ـ وأما القواعد الفقهية المستنبطة اجتهادا ، فنطلق عليها ، "القاعدة الفقهية " أو الاصل الفقهي العام ، تمييزا لها عن الاصل التشريعي العام .
وأما النص الجزئي الذى ورد بخصوص مسألة بعينها في الكتاب أو السنة فهو أصل تشريعي خاص ، ويمكن أن يكون أصلا يقاس عليه غيره اذا استنبطت علته وحددت ، وتحققت في الفرع المقيس وحينئذ يتحد الحكم في الاصل والفرع ، لاتحادهما في العلة التي هي مبني الحكم ، وبذلك يكتسب النص التشريعي الخاص قوة منطقية تشريعية بتعليله ، لأنه يصبح شاملا لوقائع لاتحصى بمعقوله وروحه (علته)

١ـ أما الاصول التشريعية العامة فمن مثل : قولـــه تعالـــى :

" لا تأكلـوا أموالكـم بينكم بالباطـــل ".

ووجـه الاستدلال ، أن ما أتت عليه الجائحة مثلا من الثمار او الزروع ـ المبيعة ، ينبغي أن يحط ويخفض من الثمن ، بقدر التالف ، حتى يتـم اعادة التوازن بين ما يعطي كل من العاقدين وما يأخذ ، والا اختـل هذا التوازن ، فأخذ أحدهما اضعاف ما أعطى ، أو العكس ، وهو ضرب من أكل اموال الناس بالباطل ودون مقابـل .

ذلك لان ما استفيد نتيجة للظروف ، لا يقوم على سبب ثابت في نظـر الشـرع (١) ، وهذا هو الباطل الذى لا يقوم على سبب شرعي معتبر وكذلك اذا حال العذر الطارئ دون تمكن أحد طرفي العقد من استيفـاء المنفعة مع كونها قائمة ، أو اذا أدى الى فواتها ، فينبغي ان تحـل الرابطة العقدية ، اذا شاء الطرف المضرور ، لان بقاء العقد وتنفيـذ الالتزام ، على الرغم من آثار هذا العذر ، يؤدى حتما الى أن يستوفي أحد المتعاقدين قيمة الالتزام كملا ، وان يحرم الاخر أو ينقص من حقه بفعل ذلك الظرف ، دون وجه حق ، ولا سيما اذا لم يكن له يد فـي طروء هذا الظرف ، ولا قبل له بدفعه او الاحتراز .

ومحكومة بالتالي بحكمه ، بعد أن كان خاصا في منطوقه ، او بعبارة اخرى يصبح عاما بمعقوله وان كان خاصا بمنطوقه .

(١) الباطل ضد الحق ، والحق هو الموجود الثابت من كل وجه فالباطل مالم يكن ثابتا ، ولا موجودا في الشرع ، وما لا يقوم على سبب شرعي معتبـــر .

منه ، ولم يثبت تقصيره أو تفريطه .

وقد جاء هذا المعنى فيما رواه البخارى بسنده عن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ قوله : " بم يأخذ أحدكم مال أخيه ؟ " ويبين الامام العيني ـ شارح صحيح البخارى ـ الحكم الذى أخرجه الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ في صورة الاستفهام الاستنكارى هذا ، فيقول : أى شيء يأخذ أحدكم مال أخيه اذا تلف الثمر ، لأنه اذا تلف الثمر لا يبقى للمشترى في مقابل ما دفع شيء ، فيكون أخذ البائع بالباطل .

وفي رواية في صحيح مسلم قوله ـ صلى الله عليه وسلم : بم تأخذ مال أخيك بغير حق .

وفي رواية " بم يستحل أحدكم مال أخيه ؟ " .

ووجه الاستدلال بالاحاديث الشريفة ظاهر ، وهو أن البائع اذا تمسك بالعقد ، وطالب المشترى بالثمن ، فلا يحل له أخذه ، لأنه باطل وبغير حق ، ولا يحل .

وعلى هذا فالاصل التشريعي العام ، وهو قوله تعالى : " لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل " شامل بعمومه هذه الفروع التي جاءت السنة التفصيلية مؤكدة لحكم الأصل العام .

فالابقاء على العقد (١) وعدم فسخه ، أو عدم تعديل قيمة الالتزام التي أثر فيها العذر الطارئ ، بما يعيد التوازن ، أصبح سببا مفضيا الى ظلم أحد طرفيه ، وانتفاع الآخر بما لا يحل ، أو بالباطل ، والشريعة لم تشرع العقود أساسا لتكون اسبابا مفضية الى ذلك بالبداهة ، أو لايقاع

---

(١) عمدة القارئ شرح صحيح البخارى : ج ١١ ص ٨ ـ صحيح مسلم بشرح النووى : ج ١٠ ـ ص ٢١٦ وما يليها ـ نيل الاوطار : ج ٥ ص ٢٠٠ للشوكاني .

الناس في الظلم من جراء تنفيذها في ظرف طرأ فأثر على قيمة الالتزام تأثيرا بينا ، فكان أثره ضررا للتنفيذ ، ولا ينفك عنه .

واذا كان الاصل العام هو " لزوم العقد " ووجوب الوفاء بالتزاماته لكن ذلك مقيد بالأدلة الاجمالية الأخرى هذه ، التي تحرم الظلم وأكل أموال الناس بالباطل ، وتمنع ايقاعهم في العنت والحرج .

ولا يجوز الاجتزاء بأصل عام ، واطراح الأدلة الاخرى ، لأن التشريع الاسلامي كل لايتجزأ تصورا ووقوعا ، أو نظرا وتطبيقا .

فهذه الأدلة الاجمالية التي نشأت عن تغير الظروف أضحت دلائل تكليفية أخرى تعارض أصل اللزوم في العقد ، فيجب العمل بالراجح الذى يرفع التعارض الظاهرى .

وهذا من باب تحقيق المناط الخاص (١) كما علمت .

ذلك ، لأن المناط العام ، هو قيام عقد مبرم صحيح نافذ لازم ، مقرر في الظروف العادية التي لم يطرأ عليها تغيير يترك أثرا في توازن آثار العقد ، والتزاماته ، حتى اذا تغيرت الظروف الملابسه ، نشأ عنها

---

(١) وهذا يشير اليه الرسول — صلى الله عليه وسلم — حين طلب المشترى من البائع أن يقيله (يفسخ العقد) أو يضع عنه بقدر التالف ، وحلف البائع الا يفعل شيئا من ذلك ، لأنه أراد الابقاء على العقد ، فأنكر الرسول — صلى الله عليه وسلم — وقال : تألى — حلف — على الله ألا يفعل خيرا المراجع السابقة .

دلائل تكليفية أخرى ، كما ذكرنا ، تتعلق بمآلاتها اذ لكل حالة بظروفها حكم خاص بها ، يحقق العدل والمصلحة المعتبره فيها .
ولأن هذه المآلات لم يتم التراضي عليها عند ابرام العقد .
وأيضا التعميم — أي تعميم حكم المناط العام — انما يفترض التشابه في الظروف أما وقد اختلفت ، واختلفت بالتالي آثارها تبعا لها ، فقد غدا من الظلم سحب الحكم العام عليها بعد ذلك ، بل لابد لكل واقعة بظروفها من حكم خاص يناسبها عدلا ، كما اسلفنا (١) نظرا للمآل .
وتطبيقا لمقتضى هذا الاصل الذي أصلناه لك ، فان الآية الكريمة " لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل " أصل تكليفي عام ، أما أنه تكليفي فذلك لمكان النهي الذي يوجب التحريم ، وأما أنه عام فلأنه ، يشمل بمضمونه وحكمه ، كل الوقائع وصور المعاملات التي يتحقق فيها أكل الاموال بالباطل ، أي دون اساس أو سبب شرعي ثابت معتبر ، ولو عن طريق تنفيذ الالتزامات التعاقدية ، لعموم النص .
اذن ، يتعلق هذا الأصل العام بنظريتنا هذه أساسا عاما لحكمها ، في كل عقد نشأ عن الظرف الذي طرأ بعد ابرامه ، وقبل تنفيذه أو أثنائه ضرر مالي زائد غير مستحق بالعقد نفسه ، يلازم حدوثه تنفيذ الالتزام التعاقدي ، في ظل هذا الظرف بالنسبة لأحد متعاقديه ، ويستفيد المتعاقد الآخر حتما من نتائج هذا الظرف ، دون وجه حق ، أو سبب شرعي معتبر .
فانتفاء السبب الشرعي لتحمل الضرر الزائد ، وما يلزم عنه من فائدة زائدة للطرف الآخر هو الباطل بعينه .

---

١) راجع بحث " المناط الخاص " كتابنا الفقه المقارن .

فهذا الدليل التكليفي العام الذى نشأ تعلقه (١) باختلال التوازن بين الالتزامات في مضمون العقد اقتصاديا ، أو اعدامها كلية ، حسب الاحوال ، ليحكمه بحكمه ، حماية للطرف المضرور ، قد عارض الحكم الأصلي لآثار العقد ، وهو اللزوم ، أو وجوب الوفاء بها ، أو المضي في موجب العقد ، أو بعبارة اخرى ، تعارض أصلان ، في مثل هذه الحال بالنسبة لآثار العقد .

أحدهما : أصل اللزوم وهو وجوب الوفاء بالتزامات العقد ، لقوله تعالى : يا أيها الذين آمنوا ، أوفوا بالعقود (٢) ، وهو أصل عام في عقود

---

١) نشوء تعلق هذا الدليل التكليفي العام ، باثر الظرف الطارىء عند طروئه بعد ابرام العقد ، بسبب ما أحدثه الظرف من اختلال التوازن في مضمون العقد واقتصادياته .

غير أن الدليل لا يشمل الا الاضرار التي تتعلق بالمال فقط ، ولا يشمل الاضرار الجسمية والادبية التي تشملها النظرية بمضمونها وحكمها .

٢) يقول الامام القرطبي في تفسير هذه الآية " أمر الله سبحانه بالوفاء بالعقود ، قال الحسن (البصرى) يعني بذلك عقود الدين ، وهي ما عقده المرء على نفسه ، من بيع ، وشراء واجارة وزواج ، وطلاق ، ومزارعة ، ومصالحة ، وتمليك ، وتخيير ...

وقال ابن شهاب : قرأت كتاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - الذى كتبه لعمرو بن حزم ، حين بعثه الى نجران ، وفي صدره : هذا بيان للناس من الله ورسوله : يا أيها الذين آمنوا ، أوفوا بالعقود وقال الزجاج : أوفوا بالعقود عليكم ، وبعقدكم بعضكم على بعض ، وهذا كله راجع الى القول بالعموم ، وهو الصحيح في هذا الباب " . - نيل الاوطار - جـ ٥ ص ٢٠١ للشوكاني .

المعاوضات كالبيع والاجارة ، مناطه العام ، قيام عقد مبرم صحيح نافذ ، فيكون لازما ، كما بينا .

ثانيهما : أصل تكليفي عام ، نشأ عند طروء الظرف ، وتعلق بأثر هذا الظرف ومقتضاه تحريم أكل أموال الناس بدون سبب شرعي معتبر ــ أي بدون وجه حق . ذلك لأن الضرر الفاحش اللاحق بأحد المتعاقدين ، نتيجة للظرف الطارئ ، هو في الواقع ــ نفع زائد بالنسبة للطرف الآخر ، يستفيده ، لزوما لامن العقد والظرف الطارئ ليس سببا شرعيا يسوغ هذه الفائدة ، لأنه نفع بدون عوض ، كما أسلفنا ومن هنا كان باطلا .

يرشدك الى هذا ، أنه لولا الظرف الطارئ ، لما نشأ الضرر بالنسبة لاحد طرفي العقد ، ولما استفاد من ذلك الطرف الآخر حتما .

وانما قلنا ، أن الاصل التكليفي العام ، وهو قوله سبحانه : " لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل " انما تعلق بأثر الظرف ، لابذاته ، اذ الاحكام تتعلق بالآثار والمآلات ، وهي هنا الاضرار .

وأيضا التعلق بالأثر والمآل انما كان عند طروء الظرف لاقبله .

ذلك ، لأنه طروء الظرف ، وقبل حدوث أثره على آثار العقد والتزاماته كان واجبا العمل بحكم الأصل ، وهو اللزوم ، ووجوب الوفاء بالالتزامات المتبادلة على كل من طرفيه لتحقق مناطه العام في الاحوال العادية ، وهو قيام العقد المبرم الصحيح النافذ ، كما أشرنا .

هذا ، ومن المعلوم ، أنه اذا تعاور الواقعة دليلان متعارضان في مواقع الوجود وجب الترجيح ، كما يقول الامام الشاطبي ، اذ ليس لله تعالى الا حكم واحد فقط في كل واقعة مهما اختلفت ظروفها ، يجب على المجتهد تحريه وتبينه عند التطبيق ، وبالترجيح يرتفع التعارض الظاهري .

وقد رأينا الفقهاء يرجحون دليل المآل على دليل حكم الأصل ،
فيحكمون بحكم المناط الخاص لا العام ، حماية للطرف الضعيف المضرور
فيحكمون أما بالفسخ ، اذا تعين طريقا لرفع الظلم ، أو بتعديل
قيمة الالتزام ، أو بارجاء تنفيذه فترة معينة اذا كان من المتوقع ، زوال
الظرف في وقت معقول ، عملا بقاعدة الميسرة ، كل ذلك ، دفعا
للضرر ، ومنعا لاحد طرفي العقد أن يأكل مال أخيه ، بالباطل
ويستفيد من نكبات الظروف ، اذ الظرف الطارئ والخارج عن نطاق -
التعاقد ، ليس سببا شرعيا يثبت به حق امتلاك أموال الناس ، لأنه
دون عوض ، كما أشرنا .

وإذا فقد السبب الشرعي ، كان الامتلاك لمال الغير باطلا مشمولا
بعموم الآية الكريمة .

هذا الدليل الاجمالي قاصر عن أن يكون أساسا لعموم مناط
النظرية وشمول احكامها .

أو بعبارة أخرى أن هذا الدليل الاجمالي قاصر عن عموم الدعوى ،
أي قاصر عن أن يكون أساسا لعموم مناط النظرية ، وشمول أحكامها ،
ذلك لأنه لايتناول الا " الضرر المالي " فقط ، أي لايتعلق الا باقتصاديات
العقد ، لكنك قد علمت ، أن مضمون النظرية يتسع ليشمل بعمومه وقائع
أخرى ، مما يكون فيها الضرر جسميا ، أو أدبيا معنويا ، وهذا لاعلاقة
له بالمال أصلا ، ولا سيما في عقد الاجارة ، والاعذار التي تطرأ
عليه ، مما يستوجب فسخه ، لضرر جسمي أو أدبي ، فضلا عن المانع
الشرعي .

وعلى كل حال ، فان هذا لايخل بصلاحية هذا الدليل ، ليكون مبنى وأساسا لكثير من احكام هذه النظرية ، اذ تتضافر على النهوض بتأصيلها أدلة اخرى كثيرة اجمالية وتفصيلية ، على ما سيأتي بيانه ٠

٢ ـ ومن الأصول الشرعية الاجمالية قوله تعالى : ان الله يأمر بالعدل ، والاحسان " ووجه الاستدلال ان العدل هو المساواة والدقة في الاقتضاء ، في المعاملات والاحسان تجاوز العدل الى الفضل عملا بقوله سبحانه : " ولا تنسوا الفضل بينكم ٠

ويقول الامام العز بن عبد السلام : " ان اجمع آية في القرآن ، للحث على المصالح كلها ، والزجر عن المفاسد بأسرها ، قوله تعالى : ان الله يأمر بالعدل والاحسان (١) " والاحسان في المعاملات يخفف من حدة المعادلة الدقيقة في الاقتضاء ، أى اثرا لتطبيق القواعد العامة ، فيكون الاستثناء الذى يكون اقرب الى روح التشريع في بعض الظروف والازمات ٠

وفي هذا المعنى يقول الزمخشرى في تفسيره : " ان العدل هو الواجب والواجب أمر الشرع ، وقد يقضى بتكليف ما لا يطاق ، وفي ذلك ظلم وجور ، ولا يتصور صدورهما من الله ، فكان الأمر بالاحسان ، ـ للتخفيف من تفريط العدل (٢) أى المبالغة في تطبيقه ٠

ووجوب الوفاء بالعقد عدل ، والله تعالى أمر به ، ولكن جاء الأمر بالاحسان ، اذا لزم عن ايفاء العقد ضرر زائد ، في ظرف طارئ

---

١) قواعد الاحكام جـ ٢ ص ١٦١ ٠

٢) تفسير الكشاف : جـ ٢ ص ٢٤١ ـ للزمخشرى ٠

وعلى هذا ، فالتشريع التفصيلي في قوله سبحانه : يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود اذا أضحى تطبيقه في ظرف من الظروف ، مؤديا الى ضرر راجح غير مستحق ، بالنسبة لواقعة معينة ، يوقف حكمه ، نفيا للضرر اللازم له ، لا لذاته ، وتستثنى الواقعة ، ويثبت لها حكم آخر ، يدفع الضرر .

وكذلك مضارة الدائن بمدينه بما نشأ له عن العقد من حق ، غير مشروعة ، بمقتضى عموم قوله ـ صلى الله عليه وسلم - " لاضرر ولا ضرار "

لأن هذا ضرب من المضارة في التصرف في الحق ، وهو محرم .

ثانيا : القواعد الفقهية العامة التي تنهض بتأصيل النظرية :

أولا : الضرر يزال (١) وهي قاعدة متفرعة عن قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ " لاضرر ولا ضرار .

والمعنى أن الضرر غير المستحق ، تجب ازالته شرعا ، اذا وقع ، أيا كان منشؤه لأنه ظلم .

ولا ريب أنه اذا كانت ازالته واجبة شرعا ، اذا وقع ، فان دفعه قبل وقوعه واجب من باب أولى ، اذ من المقررات الشرعية ان " الضرر يدفع بقدر الامكان "

---

١) المادة ٢٠ ـ مجلة الأحكام العدلية .

ثانيا ــ الحاجة تنزل منزلة الضرورة ، عامه كانت أم خاصة (١) .

واذا كانت مواقع الضرورة مستثناة من قواعد الشرع ، دفعا لها ، فالحاجة كذلك ، تيسيرا على الناس ، ورفعا للعسر والضيق غير المألوف عنهم .

ــ والمدين بالالتزام المرهق ، نتيجة لعذر طارئ ، واقع فــي الحاجة التي تقرب من الضرورة ، فيجب رفع الضيق عنه ، ولو استثناء من قواعد الشرع .

الى غير ذلك من قواعد وجوب ازالة الضــــرر .

---

١) وجاء في تعليل القاعدة " الضرر يزال " في شرح المجلــة لعلي حيدر : ج ١ ص ٣٣ مايلي : " ولأن الضرر هو ظلم وعذر والواجب عدم ايقاعه .

ثم يبين ان الضرر قد يكون منشوءه قصد المضارة في التصرف فــي الحق بقوله : كذا لو أحدث شخص بناء في ملكه (حقه) وتسبب عن ذلك حصول الظلام في غرفة جاره بصورة لاتستطاع معها القراءة والكتابة ، وبما أن ذلك ضرر فاحش يزال .

فالعلة هي الضرر الفاحش ولو كان منشوءه استعمال حق ــ كما ترى فما نحن فيه كذلك ، لأن الزام الدائن المدين بتنفيذ التزامه لمصلحة الدائن ، ذلك التنفيذ الذى تسبب عنه ضرر فاحش اثرا للظــرف هو مضارة في استعمال الحق وبما أنه ضرر فاحش غير مستحق وجــب أن يــــــزال .

ثالثا : درء المفاسد أولى من جلب المصالح :

أصل هذه القاعدة : قول النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ " اذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم ، واذا نهيتكم عن شيء ، فاجتنبوه "

وجه الاستدلال ، أن الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ علق امتثال الأمر بالاستطاعة ، بينما سد باب النهي كله ، فلم يجزه أبدا الا عند الضرورة .

وأيضا ، فان الأمر يفيد طلب الفعل ولو مرة ، والنهي يفيد طلب الكف عن الفعل أبدا .

وأيضا الواجبات تؤثر فيها المشقة للترخيص ، ولو كانت من باب الحرج بخلاف المحرمات ، فانه لايؤثر فيها الا الضرورة التي يخشى منها على النفس أو الدين ، وسائر الضرورات الخمس .

ويقول الفقهاء ، محل هذه القاعدة اذا كانت المفسدة راجحة ، وكان في غير ضرورة .

فاذا تعارض مفسدة ومصلحة ، قدم المفسدة الراجحة ، لما قدمنا ، من أن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات ، للحديث الشريف المتقدم .

وبينا آنفا ، أنه تعارض في مسألتنا هذه أصلان ، مصلحة الأصل التي يقتضيها وجوب ايفاء العقد ، والمفسدة او الضرر الناتج عن الظروف الطارئ ، وهو بين ، (٢) ، وغير مستحق ، فيقدم دفع الضرر الراجح

---

١) الاشباه والنظائر للسيوطي : ص ٧٩ .

٢) البين الفاحش .

غير المستحق ، بالفسخ أو بالتعديل حسب الأحوال (١) .

لأن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات .

ومن ذلك قاعدة " الضرر الأشد يزال بالأخف " .

اذن يراعى في تطبيق القواعد الآمرة في الشرع ، ألا يلزم عن ذلك ضرر راجح غير مستحق ، بفعل الظروف ، لأنه ظلم ، والظلم محرم قطعا ، وهذا شرط ضمني تتوقف عليه سلامة التطبيق والنتائج عدلا .

ولعل هذا هو مؤدى قول الامام ابن تيمية : " لابد في العقد من رضا المتعاقدين ، وموافقة الشرع ، أي انشاء وتطبيقا ، ونتائج .

لأن التشريع الاسلامي كل متسق ، لاتتناقض جزئياته مع كلياته ، لافي التصور ، ولا في الوقوع .

يؤيد ذلك قول الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ : "من عمل عملا ليس عليه أمرنا ، فهو رد " .

الادلة التفصيلية الخاصة بالنظرية التي نهضت بتأصيلها :

اولا : من السنة :

أ ـ ما روى عن جابر بن عبد الله ـ رضي الله عنه ـ قال : قال رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ : " لو بعت من أخيك

---

١) راجع كتابنا : " الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ، ونظرية التعسف في استعمال الحق " ص ٤٦٤ وما يليها ـ طبع ـ جامعة دمشق ـ ١٣٨٦ هـ ـ ١٩٦٧ م .

ـ وراجع أيضا من ص ٤٥٣ وما بعدها ـ المرجع السابق .

ثمرا ، فأصابته جائحة (١) ، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا بم تأخذ مال أخيك بغير حق (٢)؟.

ب ـ ماروا‌ه مسلم : أن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ " أمر بوضع الجوائح " (٣).

جـ ـ أخرج البخاري بسنده عن عمرة بنت عبد الرحمن ، قالت: " سمعت عائشة رضي الله عنها ، تقول : " سمع رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ صوت خصوم بالباب عالية أصواتهم ، وإذا ـ أحدهم يستوضع الآخر (٤) ، ويسترفقه (٥) في شيء ، وهو يقول : والله لاأفعل ، فخرج عليهما رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ فقال : أين المتألي " (٦) لايفعل المعروف ؟

---

١) الجائحة هي الآفة السماوية التي تصيب الثمار فتهلكها ... ولا خلاف أن البرد والقحط والعطش جائحة ، وكذلك كل ما هو آفة سماوية ، واما ماكان من الآدميين كالسرقة ففيه خلاف: منهم من لم يره جائحه ، لقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ في الحديث عن أنس : " اذا منع الله الثمرة " ومنهم من قال انه جائحة تشبيهها بالآفة السماوية . ـ نيل الاوطار: جـ ٥ ص٢٠٠ للشوكاني ـ طبع البابي الحلبي ـ الطبعة الاخيرة .

٢) صحيح مسلم بشرح النووي : جـ ١٠ ص٢١٦ ـ الطبعة الاولى ـ تصوير دار احياء التراث العربي .

٣) المرجع السابق : ووضع الجوائح معناه انقاص الثمن بقدر التالف من الثمر حتى اذا اتلف الثمر كله ، سقط الثمن كله .

٤) يطلب اليه أن يضع الثمن ، أن ينقص منه .

٥) يسترفقه يطلب اليه الرفق بحاله . (٦) المتألي :أي الحالف بالله .

فقال : أنا يارسول الله ، وله أى ذلك أحب" .

د ـ ماروا مالك في الموطأ ، عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن عن أمه عمرة بنت عبد الرحمن ، أنه سمعها تقول : ابتاع ـ رجل ثمر حائط (١) في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم فعالجه وقام فيه حتى تبين له النقصان ، فسأل رب الحائط أن يضع له ، أو أن يقيله فحلف أن لايفعل ، فذهبت أم المشترى الى رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ فذكرت ذلك لـه ، فقال رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ تألى "أن لايفعل خيرا فسمع رب الحائط فقال : يارسول الله ، هو له " وأى لـه ماطلب من التخفيض .

ووجوه الاستدلال بأحاديث الباب كما يلي :

أولا : ماروى عنه صلى الله عليه وسلم ـ أنه " أمر بوضع الجوائح " والأمر يقتضي الوجوب ، ولا يصرف الى الاستحباب والندب ، كما ورد في روايات أخرى ، من أن عدم وضعها ، لايحل . وهو أكل لاموال الناس بالباطل ، وبدون وجه (٢) .

ثانيا : قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ أين المتألي على الله ألا يفعل المعروف" استفهام يفيد الانكار ، وهو يفيد المنع والتحريم . وأيضا ، سمى الشارع وضع الجوائح ، أو الاقالة من العقد على الثمار التي أصيبت بها ، " معروف مأمور به يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر" فكان واجبا اما التخفيض او النقصان بقدر التالف ، أو الاقالة والفسخ .

---

(١) الحائط ـ البستان . (٢) العيني على البخارى : جـ١١ ص٨ ـ ونيل الاوطار :جـ٥ ص٢٠٠ للشوكاني يقيله ـ يفسخ العقد بتراضيهما

ثالثا : فهم الصحابي انكار النبي — صلى الله عليه وسلم — لتعنتد على أنه يفيد التحريم ، ولذا أجاب النبي — صلى الله عليه وسلم — الى ما رغب فقال : " هو له " يارسول الله — أى له الحظ من الثمن أو الفسخ ، وفي رواية : " وله أى ذلك أحب " (١) ٠

وهذه الاحاديث تنهض بمجموعها لتفيد وجوب الحط من الثمن ، أو — الفسخ ، وهو الراجح ، وهذه الأحاديث مرفوعة على الصحيح (٢) ٠

ولا بد من التعرض لخلاف الفقهاء ، فيما اذا بيع الثمر بعد بدو صلاحه وسلمه البائع للمشترى بالتخلية ، ثم تلفت بالجائحة قبل أوان الجذاذ ٠

فقال الشافعي وأبو حنيفة وغيره من الكوفيين ، والليث بن سعد لايرجع المشترى على البائع بشيء ، وحملوا الأحاديث التي وردت — بوضع الجوائح ، على ما اذا بيع الثمر قبل بدو الصلاح ، بغير شرط القطع ٠

واستدل الطحاوى على هذا الاتجاه بحديث أبي سعيد " أصيب رجل في ثمار ابتاعها ، فكثر دينه ، فقال النبي — صلى الله عليه وسلم — تصدقوا عليه ، فلم يبلغ ذلك وفاء دينه ، فقال : خذوا ما وجدتم وليس لكم الا ذلك (٣) ٠

ووجه استدلال الطحاوى بالحديث ، أن دين الغرماء لم يبطل بذهاب الثمار بالعاهات ، ولم يأخذ النبي — صلى الله عليه وسلم —

---

١) المراجع السابقة ٠

٢) نيل الاوطار : جـ ٥ ص ٢٠٠ وما يليها للشوكاني ٠

٣) أخرجه مسلم — وأصحاب السنن : نيل الاوطار — ج ٥ ص ٢٠٠

الثمن ممن باعها منه ، فدل على أن وضع الجوائح ليس على عمومه "
ويجاب عن ذلك بأن ليس في هذا الحديث حجة على عدم وضع الجوائح اذ لا صلة له بموضوع النزاع ، ولم يصرح في الحديث بأن ذهاب ثمرة ذلك الرجل كان بعاهة سماوية •

وأما ماذهب اليه الامامان أبو حنيفة والشافعي في الجديد ، من حمل الأحاديث التي تفيد وجوب وضع الجوائح على ما اذا بيعت قبل بدو الصلاح ، فيجاب عنه بما أجاب به الامام الشوكاني ، من أن : " التنصيص على الوضع (١) مع البيع قبل الصلاح ، لاينافي الوضع مع البيع بعده (٢) ولا يصلح مثله ، لتخصيص مادل على وضع الجوائح ، ولا لتقييده " •

ومفاد كلام الامام الشوكاني ، ان ماورد من النص على وضع الجوائح مع البيع قبل بدو الصلاح ، ان هذا الظرف " قبل بدو الصلاح " لايصلح قيدا قيدا تقيد به أحاديث الباب ، اذ لاتنافي بين وجوب الوضع قبله أو بعده لأن هذا القيد غير معتبر في تشريع الحكم ، لسبب بسيط ، هو أنه يتنافى مع حكمة التشريع ، وهو دفع الضرر والظلم ، وذلك لايختلف بكون العاهة قبلا أو بعدا ، فالمشرع نص على القبلية لا للتقييد بل للوقوع ، وعلى هذا فلا مفهوم له ، لأن مفهوم المخالفة انما يعمل به اذا لم يثبت من المشرع ارادة الموافقة في الحالين ، حالة ثبوت القيد وانتفائه تحقيقا للمصلحة والعدل •

ومنشأ الخلاف ، هل التخلية قبض كامل ، فيكون الهلاك من ضمان المشترى لأن المبيع هلك بعد التسليم الكامل •

---

(١) وضع الجوائح او الحط من الثمن بقدر التالف من الثمر •
(٢) نيل الاوطار : جـ ٥ ص ٢٠١ للشوكاني •

أو التخلية ليست قبضا كاملا ، فيكون هلاك المبيع قبل التسليم من ضمان البائع .

وهذا اختلاف في تحقيق مناط التسليم الكامل في الوقائع المعروضة . والراجح ماقلنا من وجوب وضع الجوائح ، وهو ماأكده الامام القرطبي بقوله : " وفي الأحاديث دليل واضح على وجوب اسقاط ماأجتيح من الثمرة ، عن المشترى " (١) .

سادسا : من أهم الاصول الفقهية الاجتهادية للنظرية ، ما اعتمده الحنفية من أصل النظر في المآل ، اساسا لأحكام فسخ الاجارة بالعذر وتطبيقا لها :

مما يتضمن مفهوم هذه النظرية ومناطها ما أتى به الحنفية من أحكام اجتهادية تتعلق بفسخ عقد الاجارة بالعذر أو الظرف الطارئ سواء أكان متعلقا بالمستأجر أو المؤجر ، أو العين المؤجرة ، حيث اعتمدوا فيما صدروا عنه من اجتهادات في هذا الصدد ـ أصل النظر في المآل ، على ما صرح به أئمة مذهبهم ، في أوثق وأقدم مصادره مما نتناوله بالبحث والتحليل ، والمقارنة بما ورد في المذاهب الاخرى من نظيره ، أو متعلقا بموضوعه ، واستجلاء الفلسفة التشريعية التي تنهض عليها تلك الأحكام .

---

(١) نيل الاوطار : جـ ٥ ص ٢٠١ للشوكاني .

أصل النظر في مآل الظرف أو العذر الطارئ هو العلة في سلب صفة اللزوم في الحال عن عقد الاجارة واثبات حق الفسخ للمضرور في اجتهاد أئمة الحنفية ، اذا تعين طريقا لدفع الضرر غير المستحق .

ان وجوب أصل النظر في مآل العذر الطارئ ، وهو " الضرر " الواقع أو المتوقع ، كان ملحظا قويا لأئمة المذهب الحنفي بوجه خاص ، فيما يتعلق باثبات حق الفسخ بالعذر في عقد الاجارة ، ذلك لأن " العذر الطارئ " يؤدى الى الضرر " مآلا فيما لو مضى المدين الذى كان العذر في جانبه ، على موجب (١) العقد ، ونفذ ما التزم به في ظل هذا العذر ، وهو ماصرح به الامام السرخسي وغيره (٢) من أئمة الحنفية ،بقوله ، " وعندنا جواز هذا العقد أى عقد الاجارة ـ للحاجة ، ولزومه (٢) لتوفير المنفعة على المتعاقدين ، فاذا آل الأمر الى الضرر ، أخذنا فيه بالقياس ، وقلنا : العقد ـ أى عقد الاجارة في حكم المضاف في حق المعقود عليه (٣) والاضافة في عقود التمليكات

---

١) المبسوط : جـ١٦ ص٢ وما يليها ـ تبيين الحقائق : جـ٥ ص ١٤٦ للزيلعي بدائع الصنائع : جـ ٤ ص١٩٧ وما يليها ،للكاساني . ـ الموجب بفتح الجيم ـ الآثار او الالتزامات التي تترتب على العقد والمضي على موجب العقد يعني تنفيذ الالتزام .

٢) حاجة الناس الى عقد الاجارة اقتضت أمرين : اجازة هذا العقد استحسانا واستثناء من القياس العام ، وهو عدم الجواز ، لانعدام محل العقد وهو المنافع ، عند ابرامه ،ثم جعله لازما ، لا يسع أحد طرفيه الاستبداد بفسخه دون رضى الطرف الآخر ،حتى يتم تمكين طرفيه من الانتفاع بثمراته ،ودفع الحاجة العامة الماسة عن طريقه .

تمنع اللزوم في الحال ، كالوصيــة (١) .

فأنت ترى ، أن أئمة الحنفية قد اضطروا تحت تأثير أصل وجوب اعتبــار "المآل" الى تكييف عقد الاجارة ، حالة طروء العذر ، بأنه في حكــم العقد المضاف بالنسبة للمعقود عليه ، وهو المنافع تكييفا مرده الى أن "المنافع" ـ وهي محل العقد ـ ليست بطبيعتها موجودة عند ابـرام العقد ، بل ستوجد مستقبلا عند استيفائها ـ اذ هي في اجتهادهم ـ اعراض تحدث شيئا فشيئا عند الاستيفاء ، فكان عقد الاجارة عقــدا مضافا حكمه وأثره الى المستقبل ، بالنسبة للمنافع ، لا أنه عقد مضاف ـ حقيقة ، فأشبه الوصية من الوجه ، فكأن الاصل فيه عدم اللزوم ، ولكنــه اعتبر لازما للحاجة استحسانا والاصل ، أن الاضافة في عقود التمليك التي تقبل بطبيعتها الاضافة كعقد الاجارة والمساقاة والمزارعة ، تمنع صفــة اللزوم في الحال ، بسبب الاضافة هذه ، فيثبت فيها حق الفسخ كالوصية حال حياة الموصي دفعا للضرر ، ولكنها مستثناه من هذا الاصل العام واعتبرت لازمة ، للحاجة ، كما أشرنا .

وهذا الاساس الفقهي عند الحنفية الخاص بمسألة اثبات حق فسخ الاجـارة بالعذر ، ألجأ الحنفية الى اعتماده مستندا خاصا لهذا الحق ، وجوب العمل بمقتضى أصل النظر في المآل ، واعتباره في تطبيقات الفروع .

---

٢) أي بمثابة العقد المضاف اثره الى المستقبل بالنسبة للمعقود عليــه لا أنه عقد مضاف حقيقة ، ومعلوم أن من عقود التمليك وهو ما ينعقد علة لحكمه بجعل الله تعالى ويصح مع الاضافة كعقد الاجارة .

١) المراجع السابقــة .

أساس فقهي آخر يسوغ به الحنفية حق فسخ الاجارة بالعذر هو قياس العذر الطارئ على العيب في المعقود عليه قبل القبض :

وثمة أساس فقهي آخر (١) يستند اليه ثبوت حق الفسخ بالعذر ، في اجتهاد الحنفية ، ذلك هو قياس العذر الطارئ على العيب في المعقود عليه قبل القبض ، بجامع أن كلا منهما يوجب ضررا زائدا لم يستحق بالعقد اذا مضى المدين الذى قام العذر في جانبه على موجب العقد ، أى قام بتنفيذ التزامه ، وهذا هو المناط العام ، أو الضابط الفقهي للعذر في اجتهاد الحنفية ، يرونه متحققا في العيب في المعقود عليه (٢) .

---

١) أما الأساس الاول فهو أن عقد الاجارة في حكم العقد المضاف كعقد الوصية وهو عقد تمليك مضاف الى مابعد الموت ، لكنه غير لازم في حياة الموصي ، وأنما يلزم في حقه بعد وفاته مصرا عليها ، بشرط قبول الموصى له صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي ، اذ لاعبرة بقبوله في حياة الموصي ، لما قدمنا من أنه عقد غير لازم مادام حيا ، وللموصي له أن يقبلها اويردها بعد وفاة الموصي ، لانها غير لازمة في حقه ايضا اذ لايدخل شيء في ملك شخص دون ارادته الا من قبل الشارع كالارث ، دفعا لضرر تحمل المنة ، هذا والوصية لاتكون الا مضافة ولا تقبل التنجيز . — المراجع السابقة .

٢) غير أنه يؤخذ على الحنفية ، أن العذر أوسع شمولا من العيب اللاحق بالمعقود عليه لأنهم يعتبرون الاعذار الشخصية التي لاعلاقة لها بالمعقود عليه ، فيثبتون حق الفسخ بمقتضاها ، ولو كان المعقود عليه قائما سليما . الا أن يقال : أن العلة الجامعة هي : مطلق الضرر الزائد الذى لم يستحق بالعقد ، أيا كان منشؤه من العذر

والعيب قبل القبض ، يوجب حق الفسخ للمضرور ، فكذ لك العذر .
وبيان ذ لك ، أن العيب يوجب نقصا في المعقود عليه ، مما يترتب عليه
تفاوت الثمن أو الاجرة ، بين حالتي المعقود عليه سليما أو معيبا ، وهو
ضرر لم يستحق بالعقد لان الاصل " سلامة المعقود عليه" من العيوب
بل هي ضمني في كل عقد معاوضة ، كما علمت . تحقيقا للرضا الكامل ـ
بتحقيق التوازن ما أمكن . فكان ثبوت حق الفسخ شرعا ، دفعا لهذا
الضرر الزائد غير المستحق بالعقد ، واستعمال المدين لحقه في الفسخ
يكون كما يقول أئمة الحنفية ـ امتناعا عن تحمل هذا الضرر .

الضرر في حد ذاته الذى آل اليه العذر ، اثرا له ، هو اساس الحكم

- بثبوت حق الفسخ لا العيب في ذاته :

هذا ، ويؤكد أئمة الحنفية ، أن الضرر الزائد عن المستحق بالعقد
الذى آل اليه العذر ، أثرا له هو علة الحكم بثبوت حق الفسخ أو مستنده ،
وليس مجرد العيب ، حيث قالوا : " ثم الفسخ بسبب العيب ، لدفع الضرر
لا لعين العيب ، فاذا تحقق الضرر في ايفاء العقد يكون " عذرا " في
الفسخ ، وان لم يتحقق العيب في المعقود عليه " .
وهذا تأكيد لوحدة العلة بين العذر والعيب ، في المعقود عليه ،وهو
الضرر الزائد (١) أو ان شئت فقل وحدة "المآل" بينهما ، كما صرح

الشخصي بالمؤجر أو المستأجر ، أو بالمعقود عليه ، وهذا النظر لم
يوافقهم له للاحق عليه سائر المذاهب الاخرى ، كما سنرى على أن الاعذار
الشخصية التي توجب حق الفسخ ليست مطلقة بل هي اعذار شخصية
مخصوصة كما سيأتي بيانها .
(١) المبسوط : جـ ١٦ ص ٢ وما يليهما .

بذلك الامام السرخسي •

أو بعبارة أدق أن مستند ذلك هو أدلة عدم مشروعية الضرر ، أو وجوب ازالته أن وقع أو دفعه قبل الوقوع ، تلك الادلة التي نشأت عن مآل الظروف المستجدة ، وعارضت حكم الأصل ، أو القياس العام ، وهو وجوب الوفاء بالعقد ، أو عارضت أصل اللزوم الثابت بقوله تعالى : " ياأيها الذين آمنوا أوفو بالعقود " وقوله سبحانه : وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ، ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها • "

الواقع ان الحنفية لم يخرموا قاعدة وجوب الوفاء بالعقد ، ولا القياس العام في عقد المعاوضة ، وهو اللزوم ، باثبات حق فسخ عقد الاجارة بالعذر بل اثبتوه على أساس القياس •

وعند التحقيق يبدو لنا أن الحنفية اذ قالوا أن العذر اذا طرأ وعجز المدين عن المضي في موجب العقد الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد ، لم يخرموا القاعدة العامة من وجوب الوفاء بالعقد ، والقياس العام من كونه لازما ذلك ، لأنهم أوجبوا على المتعاقد أن يتحمل الأضرار الناشئة عن موجب العقد نفسه ، باعتبار أنه تم التعاقد أو التراضي على ذلك ، أما الضرر الزائد الذى لم يكن منشوءه موجب العقد ذاته ، كان مآلا ونتيجة للعذر الطارئ الخارج عن نطاق العقد ، فذلك امر لم يلتزم بالعقد أصلا ، بل لم يتم التراضي على أساس تحمله ، ولذا ا أن أثر العذر ضرر زائد لم يستحق بالعقد •

ومما يوكد هذا ، وانه خارج عن نطاق التعاقد ، أنهم لم يقصروا أثر العذر على الضرر الاقتصادى ، بل جعلوه شاملا للضرر البدني ، وللضرر

الذى يمس الاعتبار الانساني ، فضلا عن الاعذار الشرعية الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام محرما شرعا (١) .

واذا ثبت ان الضرر كان مآلا لظرف طارئ على ابرام العقد ، فلا يكون المدين اذن ملزما به أصلا ، حتى يقال ان عدم الزامه بالوفاء استثناء من الأصل العام ، وهو وجوب الوفاء بالعقود .

وهذا يفهم صراحة من أمرين :

أولا : من تحديدهم لضابط العذر ، من أنه : العجز عن المضي على موجب العقد الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد ، ناشيء عن الظرف الطارئ ، ويفترض أنه ملازم لتنفيذ الالتزام لا ينفك عنه فيتعين الفسخ طريقا لدفع الضرر ، اذ لو أمكن تنفيذ الالتزام دون هذه النتيجة الحتمية من الضرر ، لما ثبت حق الفسخ ، لامكان انفكاك هذا الضرر الزائد عن تنفيذ الالتزام ، وذلك بدفع العذر أو التحرز منه (٢) .

ثانيا : تعليل الامام السرخسي لثبوت حق الفسخ ، حيث ترك الاستحسان وعاد الى القياس العام ، والعمل به ، وعلل ذلك بأنه آل الأمر الى الضرر الزائد .

فتبين لنا ، أن الحنفية لم يخرموا قاعدة اللزوم العامة في عقود المعاوضة ، بل عملوا بالأصل العام عندهم في عقد الاجارة خاصة من أنه في " حكم العقد المضاف " بالنظر للطبيعة الخاصة للمنافع

---

١) سيأتي تفصيل ذلك في التطبيقات .

٢) وهذا في الأعم الاغلب ، والا فان بعض تطبيقات الاعذار الشخصية عند الحنفية ، مما يمكن دفعها أو التحرز منها ، فضلا عن أنها من الممكن توقعها .

في اجتهادهم كما بينا ، أو لأن المتعاقد المضرور لم يكن ملزما أصلا بالضرر الزائد الذى لم يستحق بالعقد .

وانما هم الاستثناء أن لو كان المتعاقد المضرور ملزما بالضرر الزائد ، ثم اعفى منه ، غير أن الاستثناء من أصل اللزوم في عقود المعاوضة عامة انما وقع في تطبيقات وضع الجوائح في الزروع والثمار في اجتهاد المالكية على ماسيأتي بيانه .

ويمكن تعليل اجتهادات الحنفية والمالكية في اثبات حق الفسخ في عقد الاجارة ، وعقد البيع في الثمار والزروع بعد بدو صلاحها ، اذا أصيبت بجائحة ، فضلا عن الادلة التفصيلية والاسس الفقهية الخاصة ، بأساس فقهي عام مؤداه .

ان المقرر شرعا ، ان " العقود " سواء منها ماشرع قياسا أواستحسانا بل المعاملات بوجه عام ، لم تشرع اساسا ، الا للحاجة الماسة اليها في التعامل ، وتبادل المنافع ، والتيسير على الناس في طرق كسبهم ووسائل معايشهم ، مما يرفع الضيق ، والعنت ، والحرج (١) ، والضرر عنهم ولم تشرع قطعا لتلك المآلات والنتائج الضررية التي تصبح العقود أو تنفيذها في ظرف من الظروف ، ذريعة مفضية اليها بهم هذا من تعليلهم ، حيث قالوا : ان حق الفسخ للعيب ، لا لذات العيب ، بل للضرر وكذا العذر لايفسخ به عقد الاجارة لذات العذر بل لمآله ، وهو الضرر غير المستحق في حد ذاته ، أيا كان منشؤه .

---

(١) سيأتي أن المعاملات عامة ، بما فيها العقود انما شرعت لتحقيق المقاصد الحاجية وهي المرتبة الثانية من مراتب مقاصد الشريعة .

ولو افترض بقاء العقد قائما ولازما لطرفيه على الرغم من تلك النتائج ـ الضرورية الحتمية لعادات العقود ابراما وتنفيذا ، على أصل تشريعها بالنقض ، كما يقول الأصوليون .

ومعلوم ، أن الاصل في التكاليف والمشروعات أن تكون نتائج تنفيذها وتطبيقها عمليا ، مطابقة لما رسم الشارع لها من مآل نظريا ، حتى تتم المطابقة والمساواة ، بين التطبيق والتشريع ، لأن هذا هو مراد الشارع قطعا ، والا كانت المناقضة بين التطبيق والشرع ، والمناقضة باطلة ، بالاجماع ، فلا يتسبب في المصير اليها ، وعليه فلا ينفذ العقد اذا غلب على الظن أنه مفض الى هذه المناقضة ، بل هي مناقضة للمقاصد الحاجية العامة التي ماشرعت العقود والمعاملات بوجه عام الا لتحقيقها .

الغاية العامة للعقد بل للمعاملات بوجه عام تتصل بالمقاصد الحاجيه في معظمها :

الغاية العامة للعقد بل للمعاملات بوجه عام هي تحقيق "المقاصد الحاجية ، غالبا (١) ، كما ذكرنا ، وهي المصالح التي لابد منها لتيسير الحياة دون مشقة غير معتادة ، مما يتعلق بالاقتصاد ، والاجتماع وغير ذلك من وجوه المصالح التي ترفع الضيق والحرج عن الناس بتحقيقها ، وهي دون الضروريات ، وأهمها عقود البيع والاجارة بجميع صورها .

على أن بعض المعاملات قد شرع لتحقيق "المصالح الضرورية" وهذه أحكامها مستثناة من قواعد الشرع ، كما علمت ، من مثل شراء المضطر

---

(١) راجع بحث "مقاصد التشريع" بمراتبها الثلاث ، الضرورية والحاجية والتحسينية كتاب الموافقات ـ الجزء الثاني ـ للامام الشاطبي .

طعام غيره جبرا عنه لسد الرمق بثمن المثل ، انقاذا لحياته ، اذا لم يلحق المالك ضرر مثلـــــه •

وبذلك ثبت أن العقد ذو مفهوم اجتماعي وانساني مما يجعله : وسيلة أمن وعمل ، وغايته العامة تيسير سبل الحياة على أيسر وجــــــه اقتصاديا واجتماعيا بما يرفع العسر والحرج والضيق والعنت •

أما كونه وسيلة " أمن " فلأنه مقيد بمنع "الضرر " عن الغير من الفـــرد أو المجتمع ، ورعاية حق المجتمع من حقوق الله تعالى اطلق عليها الامام الشاطبي " جهة التعاون " كما علمت ، وقيد بها الحقوق عموما ، بل والحريات العامة (١) أيضا ، أو قيد بها سلطان الارادة الانسانيـة في التصرف ، ان شئت •

وأما انه " وسيلة عمل " فلأنه أهم اداة للتعامل ، وتبادل المنافـــع بين الناس ولولاه لتوقف النشاط الاقتصادى ، والاجتماعي ، ولاصابهما خلل كبير لايستقيم معه أمر الحياة الا بعسر ومشقة بالغين ، وليس هذا من أسس التشريع الاسلامي قطعا •

وأما غايته بوجه عام ، فلتحقيق المقاصد الحاجية غالبا ، كما ذكرنا •

مقارنة فلسفة الحنفية في أصول حق الفسخ بما يناظر ذلك في فقـه الشافعية :

هذا ولا بد من تفصيل القول في مقارنة فلسفة الحنفية في أصول حق الفسخ في عقد الاجارة خاصة من واقع نصوص مذهبهم بما استقـــر عليه هذا الحق في المذهب الشافعي •

---

١) الموافقـات : جـ ٢ ص ٢٥٨

بوجـــــه خاص (١) ، كما ورد في مصادرهم ، الأمر الذى ينعكس أثره على مفهوم العقد بوجه عام ، فيحدد طبيعته وأثـره وغايته العامة ، لأن التطبيقات الجزئية تتضمن مناط الاصل العام ، وغايته .

وانما آثرنا أن يحدد مفهوم العقد بأمثلة وتطبيقات تتصل بموضوع بحثنـا في معظمها ، فضلا عن التطبيقات الأخرى ، حتى يكون هذا التمهيد مساعدا على تفهم النظرية نفسها في بحوثها المقبلة .

فلسفة ابتناء الحنفية ثبوت " حق الفسخ " في عقد الاجارة حالة العذر (٢) على اساسين فقهيين خاصيين ، فضلا عن الاصول العامة :

أحدهما : كون عقد الاجارة في حكم العقد المضاف ، كما علمت .

ثانيهما : كون "العذر" بمثابة "العيب" في المعقود عليه قبل القبض بجامع "العجز عن المضي في موجب (٣) العقد .

---

١) ان المذاهب الاخرى لاتخالف عن اصله كثيرا ، ولقائل أن يقول : ان الاختلاف الواقع بين المذهب الشافعي والحنفي من حيث أصل حق الفسخ ، لايعكس لنا مفهوما موحدا للعقد ، بوجه عام ، بل مفهوم العقد في فقه كل منهما ، والجواب على ذلك من وجهين :
١ ـ ان ثمة اصولا لحق الفسخ ، دفعا للضرر ، في فقه المالكية على اساس وضع الجوائح . كما أن هناك اصولا لتعديل التزامات العقد في الوفاء بالنقود التي طرأت ظروف فغيرت من قيمها .
٢ ـ يجب الترجيح بعد المقارنة ، بما هو أقوى دليلا ، وهذا ، يعطي فكرة واضحة بعد الترجيح عن مفهوم العقد في الفقه الاسلامي والا لما كان للبحث والدراسة المقارنة أى جدوى .

٢) الظرف الطارئ .

٣) بفتح الجيم ـ الاثر الثابت بالعقد وهو الالتزام ، والمضي في موجب العقد أى تنفيذ الالتزام .

الا بضرر زائد لم يستحق بالعقد (١) ، وهذا هو ضابط "العذر" ومناطه عند الحنفية ، وهو متحقق في "العيب" نصح قياس العذر على العيب ، والحكم هو ثبوت حق الفسخ للمدين المضرور ، في كل منهما ، لوحدة العلة في اجتهادهم .

وفي هذا رد على الشافعية الذين لايقولون بحق الفسخ الا بالعذر الذى يلحق المعقود عليه .

فالاساس الاول ، يمنع اللزوم في الحال في عقود التمليك اذا كانت مما تصح مع الاضافة ، كعقد الاجارة والمساقاة والمزارعة ، للاضافة (٢) ، فيثبت حق الفسخ ضرورة دفعا للضرر ، وهذا هو القياس العام (٣) .

---

(١) مفاد هذا : ان الضرر الزائد الذى يعجز المدين عن تنفيذ التزامه الا بتحمله ، هو ضرر ليس منشوء الالتزام نفسه ، والا لوجب تحمله ، لأنه من موجبات (بفتح الجيم العقد (وآثاره ، وهو داخل في نطاقه ، والمدين قد دخل في العقد ، وتم التراضي (بالايجاب والقبول) على أساس تحمل كل ماينشأ عن التزامات العقد ، ولكن الضرر الزائد هنا ، وهو غير متوقع غالبا ، ناشيء عن العذر الطارىء بعد ابرام العقد والمدين لم يلتزم أصلا بما ينشأ عنه من ضرر لأنه ليس من التزامات العقد ، اذ هو حادث بعد ابرامه ، فكان هذا الضرر خارجا عن نطاق العقد ، وغير متوقع غالبا .

(٢) يقول الامام السرخسي في هذا المعنى ، والاضافة في عقود التمليكات تمنع اللزوم في الحال كالوصية . المبسوط :جـ١٦ ص٢ — تبيين الحقائق جـ ص للزيلعي .

(٣) ويقول الامام السرخسي : " فاذا آل الامر فيه الى الضرر ، اخذنا فيه بالقياس وقلنا العقد في حكم المضاف في حق المعقود عليه ، وقلنا

الاضافة تمنع صفة اللزوم في الحال في عقود التمليكات اى التي تصح مع الاضافة ـ المرجع السابق .

وهو كونه في حكم العقد المضاف الذى يمنع صفة اللزوم في الحال .
والاساس الثاني ـ يثبت حق الفسخ ضرورة ، اذ الاصل " سلامة المعقود عليه " بل هو شرط ضمني ثابت شرعا ، في كافة عقود المعاوضة (١) وان لم يشترط في العقد صراحة ، كما ذكرنا .
وأقول : ابتناء الحنفية ثبوت حق الفسخ في عقد الاجارة حالة العذر الطارئ بعد ابرام العقد ، على هذين الاساسين الفقهيين الخاصين ، فضلا عن الأصول التشريعية والفقهية العامة (٢) ، ومباني العدل (٣) ومجهاته (٤) ، كان الدافع اليه (٥) ، (الى هذا الابتناء) هو

١) البدائع : ج ص للكاساني .
٢) من مثل قوله تعالى " لاتأكلوا بينكم بالباطل " وقوله سبحانه : " يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر " .
٣) من مثل القواعد الفقهية : " الضرر يزال " و " يصار الى أخف الضررين " وغيرهما من القواعد المتفرعة عن القاعدة العامة التشريعية التي ارساها الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ " لاضرر ولا ضرار " وهي حاكمة على القواعد كلها ، ومقيدة لها .
٤) ان الله يأمر بالعدل والاحسان ـ والاحسان مأمور به لأنه يخفف من نتائج الجرى على موجب القواعد العامة اذا افضت اليها في الظروف المتغايرة ، اذ للظروف تأثير في هذه النتائج ، فكان الاحسان ، وهو التجاوز من العدل الى الفضل . ـ راجع كتابنا " الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده " ص للمؤلف .
٥) اى الدافع هذا الابتناء .

" أصل وجوب اعتبار " المآل " في حد ذاته ، وهو هنا الضرر الواقع أو المتوقع ، سواء أكان ناشئا عن " العيب " أو " العذر " ما دام غير مستحق بالعقد والضرر الواقع يجب ازالته شرعا اذا كان غير مستحق (الضرر يزال) و (لاضرر ولا ضرار في الاسلام) .

والضرر المتوقع يجب دفعه قبل الوقوع ، لأن الدفع أسهل من الرفع ، عملا بالقاعدة الفقهية المعروفة " يدفع الضرر بقدر الامكان " أى قبل الوقوع.

وانما قلنا ، ان الدافع لأئمة الحنفية الى تلمس هذين الأساسين الفقهيين الخاصين ، ليبتنى عليهما ثبوت حق الفسخ ، بالاعذار الطارئة ، هو الأصل العام من وجوب النظر في المآل ـ في حد ذاته ـ الذى ينبغي أن يكيف على أساسه التصرف أو الفعل ، من جديد ، بقطع النظر عن حكمه الأصلي ولو اقتضى ذلك استثناء من مقتضى قاعدته العامة ، لأنا استخلصنا هذا الدافع الى العمل بأصل المآل ، من توجيه أئمة الحنفية أنفسهم ، ـ للاستدلال بهذين الاساسين ، فكان ذلك اعترافا منهم بهذا الاصل العام (١) في الاجتهاد التشريعي في الفروع ، إبان التطبيق ، وتارة يسمونه " مآلا " وطورا يسمونه " استحسانا " ومن تحكيمهم له في استنباط الأحكام ايضا وفقا للظروف المتغايرة ذات الأثر في نتائج هذا التطبيق ، كما رأيت .

---

١) أصله الامام الشاطبي اذ يقول : " أصل النظر في مآلات الافعال معتبر مقصود شرعا " وهو الاصل الذى تفرع عنه مبدأ الاستحسان ومبدأ الذرائع ، ومبدأ مراعاة الخلاف .

ـ الموافقات : جـ ٤ ص ١٩٨ .

يرشدك الى هذا ، أن الامام السرخسي نفسه ، في معرض رده على الشافعية الذين لايفسخون عقد الاجارة الا بالعيب في المعقود عليه لأن عقد الاجارة في اعتبارهم ، هو عقد بيع ، والمنافع في اجتهادهم أيضا في " حكم الاعيان " الموجودة ومعلوم أن عقد البيع اذا تم كان لازما فلا يفسخ الا بالعيب (١) دون الاعذار الاخرى فيما عدا الاعذار الشرعية (٢) ، أجاب (الامام السرخسي على ذلك) موهنا حجة الشافعية هذه بقوله ، بأنه ينبغي ألا يعتبر العيب في حد ذاته ، بل " مآله " ونتيجته وهو " الضرر " ولا شك أن " الضرر " مآل العذر أيضا ، فكان هو المعنى الجامع بينهما (٣) ، واذا اتحدت العلة ، وجب أن يتحد الحكم فيهما ، وهو الفسخ ، لأن العلة مناطه ، تأكيداً لمنطق التشريع المتسق ، وتحقيقا للعدل " الذى يمثل الارادة الحقيقية للمشرع ، والا كانت المناقضة ، ومناقضة المشرع باطلة .

---

١) فضلا عن امكان فسخه شرعا باقترانه بخيار الشرط ، أو بمقتضى حق الخيارات الثابتة شرعا ، كخيار الرؤية ، وخيار الاكراه ، وسائر الخيارات التي تتعلق بعيوب الرضا .

٢) الاعذار الشرعية ، تجعل استيفاء منفعة محل عقد الاجارة ، أى المنافع ، متعذرا ، وهذا متفق عليه بين المذاهب ، وذلك كمن استأجر امرأة لتنظيف المسجد خلال فترة معينة فحاضت اثناء هذه المدة ، فينفسخ العقد بحكم الشرع ، لتعذر استيفاء المنفعة لأنها محرمة في هذا الظرف ، وهو عذر شرعي بحق شخصي ، اذ لايجوز للحائض ان تدخل المسجد ، فالمانع من الاستيفاء شرعي .

٣) راجع المبسوط : والبدائع ، وتبيين الحقائق ـ في فسخ الاجارة بالعذ

هذا الرد ، وتوجيه الاستدلال ، يؤكد اعتبار " أصل المآل " عند أئمة الحنفية ، وتكييف الفعل بالمشروعية وعدمها على أساسه ، كما رأيت ،واليك نص الامام السرخسي ، وتابعه في ذلك كبار أئمة الحنفية اذ يقول : " فالشافعي ـ رحمه الله ـ يقول : "عقد الاجارة اذا ـ اطلقت ، فهي لازمة ،كالبيع ، الاأن عندنا قد يفسخ الاجارة بالعذر وعنده ، لايفسخ الا بالعيب وهو بناء على أصله ، أن " المنافع كالاعيان الموجودة " حكما ، فان العقد عليها كالعقد على العين ، فكما لايفسخ البيع الا بعيب ، فكذلك الاجارة " .

هذا هو الاصل الذى بني عليه الامام الشافعي اجتهاده في حكم فسخ عقد الاجارة بالاعذار .

ومنشأ الخلاف كما ترى : هل المنافع كالاعيان حكما ، فيكون العقد عليها لازما كعقد البيع ، ولا تفسخ الا بما يفسخ به عقد البيع ، أو أن المنافع

---

١) يفهم من هذا ، كما هو واضح ، ان جواز عقد الاجارة ولزومه انما كان لأمرين : أحدهما : دفع الحاجة العامة الماسة استثناء من الأصل العام ، وهو عدم الجواز ، لانعدام المعقود عليه (محل العقد) عند ابرام العقد ، وبيع المعدوم ـ وهو المنافع ـ باطل فأجيزه استحسانا للحاجة . وثانيهما ـ توفير المنفعة للمتعاقدين وذلك لايتم الا اذا كان لازما ، اذ لو اعتبرناه غير لازم لاستقل كل من طرفيه بفسخه وفقا لمشيئته وفي كل وقت، ودون رضا الآخر ، فكان كل من طرفيه مهددا بفسخه في كل لحظة ،وبذلك لايتوفر للمتعاقدين الانتفاع بالعقد ، فلا المستاجر يمكنه ان يستوفي المنفعة المقصودة ، ولا المؤجر يمكنه أن ينتفع بالبدل ،اذا حصل الفسخ نتيجة لعدم اللزوم .

ليست كالاعيان حكما بل هي أعراض زائلة معدومة تتجدد شيئا فشيئا عند الاستيفاء .

وأما نص الرد عليه من قبل الامام السرخسي فكما يلي : " وعندنا _ أي الحنفية _ جواز هذا العقد _ عقد الاجارة _ للحاجة ، ولزومه ، لتوفير المنفعة على المتعاقدين ، فاذا آل الامر الى الضرر ، أخذنا فيه بالقياس (١) وهو عدم اللزوم ، على اعتبار أن عقد الاجارة في حكم العقد المضاف (٢) .

والواقع _ كما ترى _ أن اجتهاد الأئمة على موجب القياس ، أو الاستثناء منه والعمل بموجب الاستحسان ، يدور _ في الحالين _ كما رأيت مع مقتضى العدل ، ودفع الضرر غير المستحق .

---

١) ويقصد به القياس العام وهو " عدم اللزوم " اذ عقد الاجارة في حكم العقد المضاف والاضافة في عقد التمليك الذى يصح مع الاضافة كالاجارة والمساقاة ، يمنع اللزوم في الحال كالوصية _ أما الوصية فانها لاتكون الا مضافة بطبيعتها لاتقبل التنجيز .

_ المبسوط : للسرخسي _ جـ ١٦ ص ٢

_ اذ " المآل " هو الذى غير حكم العقد من اللزوم الى عدمه ، أو من الاستحسان الى القياس .

٢) العقد المضاف هو العقد الذى يصدر بصيغة يضاف فيها الايجاب الى زمن مستقبل سواء أكانت الصيغة مطلقة او مقترنة بشرط ، كقوله " اجرتك هذه الأرض ، مدة خمس سنوات ابتداء من أول السنة القادمة ، ويقبل الطرف الآخر .

فاذا كان العمل بموجب القياس العام يؤول في ظرف معين الـــى تحقيق العدل ، والمصلحة المعتبرة ، ودفع الضرر غير المستحق ، وجب المصير الى هذا المآل ، تحقيقا لذلك كلــه .

أما اذا كان العمل بهذا الموجب في ظرف من الظروف يؤول الى مآل ممنوع ، مــن الضرر الزائد غير المستحق (١) وجب حينئذ اخراج المسألة من القياس العام ، وتطبيق قاعدة اخرى تدفع هذا المآل الممنوع وتحقيق العدل ، وهذا هو الاستحسان ، أو المناط الخاص ، كمـا علمت .

فالعدل اذن هو قطب الرحـى في التشريع الاسلامي ، قياسا أو استحسانا ، حسب الظروف والاحوال، وبذلك كانت معاييره من الدقـــة والاحكام بحيث تقدره على تحقيق مقتضى العدل ، والمصلحة ، ورفـــع الحرج ، والضرر في الظروف المتغايرة ، وفي كل واقعة تعرض .

= / وحكم هذا العقد أنه ينعقد علة لحكمه ، ولكن يتأخر سريــــان آثاره الى الزمن المستقبل المحدد ، فلا يملك المستأجر منفعة الارض الا بدءا من الزمن الذى أضيف اليه العقد .

ـــ وعقد الوصية لايكون الا مضافا بطبيعته ، وكذلك عقد الايصاء ، لأن طبيعتهما تقتضي الاضافة ، ولا تحتمل التنجيز ، وعقد الاجارة يقبل التنجيز كما يقبل الاضافة ، ويصـــح معهما ، لأن محله المنافع، وهـــي توجد شيئا فشيئا ، فكانت الاضافة متفقة مع طبيعتها .

١) ويقول الامام السرخسي تطبيقا على خصوص مسألتنا : " لأنـــــه لاضرر عليه في ايفاء العقد الاقدر ما التزمــــــه " .

ثم يبين الامام السرخسي ، أنه كان من مقتضيات النفاذ العقلي في الاجتهاد التشريعي أن نستبطن مقاصد التشريع ، أو المعنى التشريعي الذى أدار عليها المشرع الحكم .

فاذا كان الامام الشافعي ــ رحمه الله ــ يرى أن عقد الاجارة كالبيع لايفسخ الا بالعيب فالعلة ــ لو أمعنا النظر ــ ليست هي ذات العيب بل العلة هي " الضرر " لأن "العيب في المعقود عليه " ينقص المنفعة ، أو يزيلها ، اذا أصاب بعضا من المعقود عليه ، أو أتى عليه جملة ، وكذا يتفاوت الثمن أو الاجرة بالعيب ، أو يسقطان قبل القبض تبعا لنقص المنفعة أو فواتها وهذا لعلة الضرر .

واذا كانت " العلة " هي "والضرر " غير مستحق في حد ذاته ، فهو متحقق في العذر والعيب على السواء ، مآلا لهما ، كما ذكرنا ، فوجب الاعتداد بالمآل ، وهو هنا " الضرر " لاذات العيب ، واذا كان الضرر الزائد غير المستحق " معنى ينتظم العيب والعذر معا ، وجب اتحاد الحكم فيهما ، كما قدمنا ، لوحدة العلة ، والحكم هو وجوب دفع الضرر وذلك لايتأتى الا بالفسخ اذا تعين وسيلة اليه ، فثبت حق الفسخ بناء على ذلك في الحالين : العيب والاعذار ، والتفرقة بينهما تحكم لاينهض بها دليل شرعي معتبر ، بل في التفرقة بينهما انخرام أصل العدل الذى يقضي بعدم مشروعية الحكم الضررى بغير حق ، وهذا هو مؤدى نص الامام السرخسي : " ثم الفسخ بسبب العيب ، لدفع الضرر ، لا لعين العيب ، فاذا تحقق الضرر (١) في ايفاء العقد (٢)

---

(١) وهو المآل الواقع او المتوقع .

(٢) أى في المضي على موجب العقد وتنفيذ التزاماته رغم طروء العذر أو الظرف .

يكون ذلك عذرا في الفسخ (١)، وان لم يتحقق العيب في المعقود عليه

وأساس ذلك أن الضرر الزائد غير مستحق على المتعاقد شرعا، ولا ينبغي أن يتحمل في ايفاء العقد، الا قدر ماالتزمه عند العقد (٢)،

" وبذلك ثبت الفسخ بالاعذار الشخصية اللاحقة بالمستأجر والموءجر اذا تسبب عنها ضرر زائد غير " مستحق " بالعقد، فضلا عن العيب اللاحق بالمعقود عليه لوحدة المآل على ماسيأتي تفصيله.

ويستخلص من هذا، ان الشارع الحكيم، لايحمل الملتزم فوق ماالتزم فعلا عند العقد.

ويلزم عن هذا عقلا، انه يشترط أن تكون الظروف وقت ابرام العقد، قائمة عند تنفيذه، اذا كان لتغيرها أثر في مآل تنفيذ العقد ضررا زائدا وهو شرط ضمني فهم لزوما عقليا، من تعليل الأئمة السابق، وان لم يصرحوا به، كما اسلفنا.

تحقق الامتناع عن المضي في موجب العقد، أى الامتناع عن تنفيذ الالتزام من جانب المتعاقد المدين به بمقتضى حق الفسخ الثابت له شرعا، لم تكن علته ذات الالتزام ولا الضرر الناشيء عنه، لأن ذلك واجب الوفاء به شرعا، عملا بقوله تعالى ياأيها الذين آمنوا اوفوا بالعقود " ولأن العقد عهد، والله تعالى يقول : " واوفوا بعهد الله اذا عاهدتم، ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها وقد جعلتم الله عليكم كفيلا "

---

١) المبسوط: جـ ١٦ ص ٢ ـ ٣.

٢)

٣) اذ يقول الامام السرخسي : " لانه لاضرر عليه في ايفاء العقد، الا قدر ماالتزمه عند العقد " أى لابعد ابرامه بسبب عذر يطرأ.
المبسوط : جـ ١٦ ص ٣ للسرخسي.

أقول ان حق الامتناع عن تنفيذ الالتزام حالة العذر الطارىء بالفسخ لا لذات الالتزام ، لما بينا ، بل لوصف ملازم للالتزام لاينفك ، وهو الضرر الناشىء عن العذر أو الظرف الطارىء الملابس ، وهذا الضرر غير مستحق ، اذ المتعاقد ليس ملزما شرعا الا بالتزامات العقد التي نشأت عند ابرامه ، لابعده ، لأنها خارجة عن نطاقه ، كما اسلفنا ، ثبت ماقلنا ، من أن حق الفسخ لم يكن استثناء من أصل قاعدة اللزوم عند الحنفية ، بل هو القياس .

وأيضا " حق الفسخ " يثبت اذا تعين طريقا لدفع الضرر غير المستحق لأن تحمله ظلـــم .

فاشراف الشرع على تنفيذ العقود ابان الظروف المتغايرة ، واضح في تعليلات الائمة وأسسهم الفقهية ، وتطبيقاتهم .

، مما لايصح معه القول بأن العقود وآثارها في الفقه الاسلامي تخضع لسلطان الارادة الانسانية المطلــق بل اشرف الشرع عليها ابراما وتنفيذا ، فجعل لمضمون العقد مفهوما اجتماعيا وانسانيا ، بما يحقق من التوازن ، والعدل ، في المعاوضات ومشروعية الباعث بما هو وسيلة أمن وعمل وتعاون ، أما غايته العامة ، فرفع الضيق والحرج ، وتمكين طرفيه من الانتفاع المتبادل في حدود الحق والعدل والمصلحة المشروعة .

ونكتفي بهذا القدر من بحث النظرية ، لمحدودية الصفحات المقررة ، والله الهادى الى سواء السبيل .

نظريـة المسئوليـــة التقصيريـة والعقدية
فـــي
الفقـــه الاســـلامـي

مقدمـه :

لم يرد هذا الاصطلاح في الفقه الاسلامي وانمـــا ورد معناه تحت اسم آخر ، هو " الضمـــان " .

واذا كانت المسئولية تعني المؤاخذة ، فان الضمان ـ فـي أحد معانيه ـ يعنيها كذلك عند الفقهاء ، ونورد فيما يلي المعاني الفقهية التي اطلق عليها الفقهاء لفظ الضمان في استعمالاتهم .

الضمان في اصطلاح الاصوليين والفقهاء (١)

يعنينا مـــن تعريف الضمـــان في بحثنـــا هـــذا تحديد ناحيته المدنية ، لا الجنائية ، وقد حـدده الحنفيـة بما يفيد شغـل الذمة بأداء مثل ما أتلف ، ان كان من المثليـــات

---

(١) الضمان في اللغة ، يعني الالتزام ، تقول ضمنت المال التزمت به ويتعدى الى مفعولين : تقول ضمنته المال أى الزمتـه به ـ المصباح المنير .

هذا ، وللضمان معنى آخر ، وهو الكفالة ـ والضامن هـو الكفيل والملتزم والغارم ـ ويأتي الضمان ايضا بمعنى التأكيد على خلو الشيء من العيـــوب . ـ المعجم الوسيط ـ

أوبقيمتــه ، ان كان من القيميــات ، وهذا المعنى كما يتحقــق في ضمان التصرفات الفعلية غير المشروعة ، فيما يتعلق بالاموال ، يتحقــق كذلك ، في ضمان العقود (١) .

غير أنه فيما يتعلق بضمان العقود ، كشغل ذمة البائع بمثل أو قيمة المبيع الهالك في يده قبل تسليمه ، انما هو أثر لازم لحكم العقد ، من وجوب التسليم ، عند أداء المشترى الثمن ، وليـــس أثرا مباشرا للعقد ، وكذلك ضمان الوديع مثل أو قيمة العين المودعـة أثرا لحكم عقد الوديعة ، من التزامه بالمحافظة عليها ، اذا هلكت بتقصير منه أو تعد وعلى هذا ، كان الضمان في جانبه المدني لا الجنائي ، عند الفقهاء على نوعيـــن :

آ — ضمـان الاتـــلاف .

ب — ضمـان العقـــد .

وقد عرف الضمان بعض الفقهاء القدامى ، بأنه " غرامــة التالف (٢) أو " رد مثل الهالك اوقيمته " كما عرفه بعض المحدثين ، بأنه " التزام بتعويض مالي ، عن ضرر للغير ، وهــي معان متقاربة ، تتسم بالوضوح والايجاز .

---

١) (١) المجلة / ٤١٦ (٢) من العقود مايكون الضمان أثرا مباشرا له ، وهو الكفالة ، وهو اما التزام بعمل كما في احضـــار شخص معين ، أو شغل الذمة بالدين أو بالمطالبة على خلاف بين الفقهاء .

٢) الضمان ص ٤ وما يليها — للشيخ على الخفيف .

غير أن بعض المحدثين ، قد عرف الضمان بأنه : " شغل الذمة بما يجب أداؤه من مال أو عمل ، عند تحقيق شرط أدائه ، في الحال ، أو في المستقبل المعين " .

هذا في الواقع ، تعريف بالاعم ، لأنه يشمل " الدين " ولا علاقة له بالتصرفات الفعلية التي تشكل اعتداء على المال بتلفه ، كما يشمل عقد الاجير المشترك والخاص ، ومحله العمل ، وليس هذا من قبيل مانحن فيه ، من الاعتداء على الاموال بالاتلاف .

نعم اذا امتنع الاجير عن اداء التزامه ، من القيام بالعمل محل العقد ، وكذا اذا امتنع البائع عن تسليم المبيع الى المشترى عند ادائه الثمن ، يجبر قضاء على ذلك ، ويعزره الحاكم وينفذه عليه ان امكن غير أن الشارع لايلزمه بتعويض مالي عن تأخره او امتناعه ، فكان هذا التعريف غير مانع (١) .

وأيضا ، قد يكون الضمان بمعنى الكفالة بالمال أو النفس ، وفي هذا النوع الاخير من الكفالة ، محله احضار شخص وهو عمل غير أن الامتناع عن ذلك لايستوجب التعويض المالي (٢) وان لحق الدائن

---

١) الضمان ـ ص ١٤ ـ الشيخ علي الخفيف .

٢) الضمان بمعنى الكفالة ، قد استعمله المالكية والشافعية والحنابلة ـ راجع ـ المهذب ج ١ ص ٣٥٩ ـ مغنى المحتاج ج ٣ ص ٨٣ ـ الاشباه والنظائر ـ للسيوطي ص ٢٧٧ المغني ـ ج ٤ ص ٥٣٤ ـ ابن قدامه .

ضرر من جرائه ، وهذا ليس مما نحن بصدد البحث فيه أيضا .

وهكذا ترى ، أن الالتزام بعمل ، سواء أكان حكما وأثرا للعقد كما في عقد البيع ، من مثل التزام البائع بتسليم المبيع أم كان محلا للعقد كما في عقد الاجير المشترك أو الخاص ، فان امتناع الملتزم عن الاداء لايستوجب التعويض المالي عن التأخير ، ولو لحق الدائن ضرر بسبب ذلك وانما يجبر قضاء على التنفيذ ان امكن ، كما أسلفنا .

الفصل الاول

أدلة مشروعية الضمان

تنهض بمشروعية الضمان ، أدلة من الكتاب والسنة .

أما الكتاب ، ففيما يتعلق ، بالاعارة والوديعة ، وكل شيء أئتمن صاحبه غيره عليه أوألزم به الشارع فمن مثل عموم قوله تعالى : " ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها " .

ووجه الاستدلال : أن الله تعالى أوجب أداء الامانة بصريح الامر وهذا يستلزم شغل الذمة به والا كان توجه الخطاب بالطلب في غير مطلوب ، وهذا لايتصور ، وشغل الذمة مما يتحقق به الضمان الذى يستوجب الاداء .

وعلى هذا ، فالضمان بنوعيه ، ضمان الاتلاف ، وضمان العقد يشمله عموم الآية الكريمة ، من حيث شغل الذمة به ، ووجوب أدائه

عند تحقيق شرطـــه "

هذا ، والأداء الكامل ، اما برد العين ان كانت قائمة ، كمـــا في رد المغصوب ، وهو ماتقرره السنة ، أيضا ، في قوله ـ صلـــى الله عليه وسلم ـ : " على اليد ما أخذت حتى تؤديه " أو رد مثلها الكامل صورة ومعنى ، ان هلكت أو تلفت وكانت من المثليات ، أو رد قيمتها القائمة ، وهو المثل المعنوى ، ان كانت من القيميات ، أو كانت من المثليات وانقطع مثلها ، تعويضا وجبرا للتالف .

ثانيا : قوله تعالى : " فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثـــل ما أعتدى عليكم ".

وجـه الاستدلال ، أن الآية الكريمة بعمومها ، تقرر مبدأ ـ المماثلة في الجزاء عدلا والتعويض ضرب من الجزاء ، والمماثلة الكاملة ماكانت صورة ومعنى ، ما أمكن ، والا فالمثلية معنى وهي القيمـــة مجزئـــة . غير أن هذا الجبر او الجزاء ، لاينطوى على معنى العقوبة الزاجرة ، وانما هو مجرد رد للبدل التالف على صاحبه ، لعصمـــة ماله فيقوم بال محـل المال التالف .

ثالثا : قوله تعالى : " وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ماعوقبتم به "

وجـه الاستدلال ، أن الآية صريحة الدلالة على وجوب تحقيـــق مماثلة العقوبة للفعل الجرمي ، وهذا ، وان كان نصا في العقوبات الزاجرة للعدوان على الانفس ، غير أنه يستأنس به في الاستدلال على مبدأ المماثلة في العدوان على الاموال كذلك من قبل أن " المماثلة " مبدأ عام يقرره العدل في الجـزاء على العدوان باطلاق عقوبـــة

أو تعويضا وجبرا ، الا ما استثني بدليل ، كما في ضمان العقد على ما سيأتي تفصيله (١) .

رابعا : قال تعالى : " وجزاء سيئته ، سيئته مثلها ، وهذا تأكيد لتقرير مبدأ المثلية في الجزاء عدلا .

ووجه الدلالة ، أن التعويض المالي ضرب من الجزاء ، لأنه من قبيل ازالة الضرر المالي الذى أحدثه المعتدى ، وأمثل طريق لذلك ، هو احداث نقص في مال المعتدى يماثل الذى أحدثه في مال المعتدى عليه ، ويرد على هذا الاخير جبرا وعوضا ، وهذا ضرب من الجزاء .

ومما يؤكد ذلك أنه جبر وتعويض وجب شرعا في مقابل انتهاك عصمة المال بالنسبة للمعتدى عليه ، وهو نفسه انتهاك لعصمة مال المعتدى ، جزاء وفاقا ، وعلى هذا ، فان عموم عصمة النفس أو المال مخصصة بما قدمنا من الآيات الثلاث (٢) بالنسبة للمعتدى (٣) .

خامسا : ماروى عن أنس ـ رضي الله عنه ـ قال : اهدت بعض أزواج

---

(١) سيأتي أن ضمان العقد يتم التقدير فيه على اساس التراضي بخلاف ضمان الاتلاف فان مبناه على الجبر والتعويض ، وذلك أساسه المعادلة أو المماثلة ، أو المساواة في المالية والقيمة ، ان تعذرت المثلية صورة .

(٢) من قوله تعالى : " وان عاقبتم ، فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به " وبقوله تعالى : " فمن اعتدى عليكم ، فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وقوله تعالى : " وجزاء سيئة ، سيئة مثلها "

(٣) المرجع السابق جـ ٥ ص ٢٩٨ .

النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ اليه طعاما في قصعة ، فضربت عائشة القصعة بيدها ، فأتلفت مافيها ، فقال رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ طعام بطعام ، واناء باناء (١) .

ووجه الدلالة ، أن الباء في الحديث للعوض ، فأوجب الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ طعاما واناء على المتلف ، مثل الطعام والاناء الذى أتلفه ، عوضا وجبرا .

ومعلوم أن القيمي يضمن بقيمته ، والمثلي بمثله (٢) .

هذا وفي رواية لابن أبي حاتم بلفظ أن " من كسر شيئا ، فهو له ، وعليه مثله "(٣) وهذا عام .

خامسا : وما روى عن سمرة عن النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ قال " على اليد ما أخذت حتى تؤديه (٤) " ووجه الدلالة ، أن المقتضى ــ بفتح الضاد ــ وهو المعنى اللازم(٥) المقدر الذى يتوقف عليه فهم المراد من نص الحديث هو الضمان .

---

١) نيل الاوطار جـ ٥ ص ٣٢٤ .

٢) المرجع السابق .

٣) المرجع السابق ــ والحديث رواه الترمذى وصححه .

٤) رواه الخمسة الا النسائي .

٥) راجع بحث المقتضى " في كتابنا المناهج الاصولية ، وكتابنا أصول التشريع .

على الراجح (١) ، فيكون معنى الحديث : على اليد ضمان ما أخذت حتى تؤديه " ووجه كونه هو الراجح ، لأن الحديث يوجب رد عين ماأخذت اليد ، ان كانت قائمة ، لأنه الواجب الاصلي ، والا فالضمان لأن الضمان غرامة التالف ، كما بينا .

سادسا : وروى النعمان بن بشير عن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ أنه قال : " من وقف دابة في سبيل من سبل المسلمين ، أو في سوق من أسواقهم ، فأوطأت بيد أو برجل ، فهو ضامن وهذا واضح .

---

(١) وانما قلنا انه الراجح ، لأن الاحتمالات ثلاثة في المقتضى اما الضمان أو الحفظ ، أو الاداء فيكون معنى الحديث على هذا التقادير الثلاثة للمقتضى (بفتح الضاد) على اليد ضمان ماأخذت حتى تؤديه ، أو حفظ ماأخذت حتى تؤديه ، أو أداء ماأخذت حتى تؤديه ، لاجائز أن يكون هذا الاخير وهو التأدية ، مقتضى ، لأنه جعل في الحديث غاية ، والشيء لايكون غاية لنفسه ، فيبقى الترجيح بين الاحتمالين : الضمان والحفظ ، والظاهر الضمان ، لأن الحديث يوجب رد عين ماأخذت ان كانت قائمة ، والا فالضمان ، لأن الضمان ، غرامة التالف تعويضا ، كما بينا ـ نيل الاوطار جـ ٥ ص ٢٩٩ .

سابعا : من المقررات الفقهية التي تنهض بمبدأ المسئولية عن الضرر المالي ، ماجاء في قواعد المجلة ، من مثل : " الضرر يزال " و " الضرر يدفع بقدر الامكان " وكلتاهما متفرعتان عن القاعدة التشريعية التي ارساها الرسول ـ صلى الله عليه وسلم : " لاضرر ولا ضرار " .

والقاعدة الاولى ، توجب معالجة ماوقع من الضرر ، بازالة عينه ان امكن ، وذلك برد المال عينا ، ان كان قائما ، والا فالتعويض مثلا او قيمة كما ذكرنا .

وأما الثانية ، فتأتي بحكم وقائي بحيث يجب الحيلولة دون وقوع الضرر ، لأن الدفع اسهل من الدفع ، أو الوقاية خير من العلاج وهذا المعنى لايصلح سندا على موضوعنا .

غير أن قاعدة الدفع هذه يتحقق مناطها العام في الجبر بالمثل أو القيمة ، لأن هذا هو الممكن دفعه (١) من الضرر .

فتلخص ، أن مبدأ الضمان مستقر في الشرع قطعا ، بما قدمنا من الادلة .

---

(١) وعلى هذا ، كان الدفع بمعنى الازالة وتضعيف قاعدة الدفع معنى جديدا ، وهو أن يكون الدفع بقدر الامكان .

الفصـــــل الثانـــــي

==========

اسبـــاب الضمـــــان

للضمان أسباب عدة ، يوردها الفقهاء في أبواب الفقه المختلفة ، اذ لم تجمع في باب واحد ، ومن ذلك :

آ _ الزام الشارع بالضمان ، مباشرة و بما يشغل ذمة المكلف المخاطب من النفقات بوجه عام ، أو من اموال الزكاة ، أو الكفـــارات في خصالها المالية ويوجب الاداء ايضا وهذا لايتضمن معنـى التعويض عن مال أتلف ، كما ترى ، وانما هو تكليف يحقق معنى التكافل الاجتماعي الملزم ، في دائرة الاسرة ، أو المجتمـــع أو عقوبة زاجرة عن عمل محرم كما في الفطر عمدا في رمضان دون عذر ، أو الحنث في اليمين ، من الخطايا الدينية ، وهذا مما لايدخل في بحثنا .

ب _ وقد يكون سببه العقد ، وهو مايطلق عليه الفقهاء " ضمان العقد " وسيأتي البحث فيه .

ج _ وذكروا من الاسباب ، الاتلاف ، والغصب ، والتفويـــت والتعييب والتغيير ، والحيلولة بين المالك وماله ، والشـــرط واليد غير المحقة ، والتسبب تعديا ، على أن هذه الاسبـــاب جميعا يمكن أن يجمعها معنى واحد هو الفعل الضار عند تحقق شرطه ، وهو ركن من أركان الضمان التي تتناولها بالبحث فيما يلـــي :

الفصـــــل الثالـــــــث

أركـان الضمـــــــــان

الترتيب المنطقي لهذه الاركان حسب الوقوع هو الفعل الضار على سبيل التعدى ، والضرر ، وعلاقـة السببية بينهما ، أو مايطلـــق عليه الفقهاء الافضـاء ، فكانت أركانه ثلاثة :

المبحـث الاول

الفعل الضـار تعديـــا

ليس الفعل الضار مشروعا ، بل هو فعل محظور ، ولذا كان سببا للتضمين بما يكون له من أثر في اتلاف المال ، ولا يشترط في فاعلـه ان يتوافـر فيه الادراك ، أو القصد الـى الاضرار ، بل تنعقد سببيـة الفعل الضار لضمان مايترتب عليه مـن ضرر او اتلاف للمال ، ولو كان فاعله فاقد الاهلية كصبـي غـير مميز ، أو مجنون ، أو غير مدرك ولا قاصـد كالنائم والناسي ، اذ ليست أهلية الاداء شرطا في التضمين ، ذلـك لان أساس التضمين المالي هو جبر المتلف ، صيانة لعصمة الانسان فـي ماله ، ولذا كان العمد والخطأ في اتلاف المال سواء ، وان كـان

---

(١) يفتح اللام ـ اسم مفعول ـ اذا لم يشترط أهلية الأداء ، غير أنه لابد من اهلية الوجوب ، اذ انتفاء الاهلية اصلا لايوجـب المسئولية ، كما في الحيوان ، لان جرح العجماء جبـار .

للعمد والخطأ أثر في العدوان على الانفـــس .

غير أنه يشترط أن يكون الفعل الضار قد وقع تعديا ، أى دون وجـه حـق وعلى سبيل الاعتداء أو المجاوزة على حق الغير ، والتعدى لايعني التعمد ولا القصد ، كما سيأتي .

وعلى هذا ليس كل فعل ضار يوجب التضمين ، فلو أن شخصا هدم دارا لغيره باذن من صاحبها ، لايضمن ، لأنه فعل ضار ولكن بحـــق وكذلك يكون الفعل الضار قد وقع تعديا اذا لم يأذن به الشرع اصلا .

ومما هو جدير بالاشارة هنا الى ان الفعل المشروع في الاصل ، لنشوئه عن حـق اذا أدى استعماله الحاضر الى ناحش اوراجح بالغيـر انقلب فعلا ضارا غير مشروع بالنظر الى نتيجـته ، لا الى ذاته وهذا ضرب من التعسف في استعمال الحق ، كما علمت ، وقد بحثنا ذلك بحثا مفصـلا في نظرية الحق والتعسف في استعماله (١) ، ولا يدخـل في موضوعنا ، لاستقلال نظريته ومعاييره وأحكامه غير أن الفعل الضـار

---

(١) وفي هذا المعنى يقول : " اذا تأملت شرائع الله وجدتهـا لاتخرج عن تحصيل المصالح الخالصة او بالراجحة وان تزاحمت قدم اهمها واجلها ، وان فات ادناها ، كما لاتخرج عـــن المفاسد الخالصة والراجحـة بقدر الامكان وان تزاحمت (المفاسد) عطل اعظمها فسادا بتحمل أدناها وعلى هذا وضع احكم الحاكمين شرائع دينه ، ورتب حقوق عباده . "

أصلا ، والفعل التعسفي ، يفصل بينهما أن الاول لايشترط فيمـــا يترتب عليه من ضرر لتنـــعقد سببيته للتضمين أن يكون الضرر فاحشـا أو راجحا ، بل يكتفي لتثور مسئوليته ، أن يكون يسيرا بخلاف الثاني لاستناده أصلا الى حــق ·

الفعل الضار نوعان ، ايجابي وسلبـــــي

الفعل الضار قد يكون حسيا ايجابيا أي وقوعيا ، فاذا ترتب عليه ضرر بالغير ، تعديا انعقد سببا يستوجب التضمين ، سواء اكان ترتـب ذلك الضرر عن طريق المباشرة أو التسبب ·

ويكون بطريق المباشرة اذا لم يفصــل بينه وبين حدوث الضرر فعـــل آخـر ، أو كما تقول المجلة : " الاتلاف مباشرة ، هو اتلاف الشــــي' بالذات " كقطع الشخص أشجار غيره أو كسر انائه ·

ويكون بطريق التسبب اذا فصل بينه وبين الضرر فعل آخر ، أدى اليه ، فكان علة لوقوع الضرر ، أو كما تقول المجلة : " الاتلاف تسببـــا هو التسبب لتلف شي' ، يعني احداث أمر في شي' يفضي الى تلف شي' آخر على جرى العادة (١) " كما سيأتي تفصيله ·

وأما الفعل الضار السلبي ، فهو فعل نفسي ، لاحسي مادى ، بمعنى الكف او الامتناع عن الفعل ، وفي انعقاده سببا للتضمين شرعـا خــلاف بين الفقهــــا'

---

١) المجلة المادة ٨٨٧ ـ انظر ماورد في جامع الفصولين عـــن صورة المباشرة والتسبب في الاتلاف ج ٢ ص ١٢١ ـ ص ١٢٢

فذهب بعض الفقهاء الى أنه ليس سببا للتضمين شرعا ، وهو مذهب الحنفية والشافعية (١) وذلك ، كمن رأى مالا لغيره يحترق ، وكان في وسعه انقاذه ، ولم يفعل ، فانه لايضمن لأنه ليس مباشرا ، ولا متسببا ، ولاتضمين الا عن طريقهما .

هذا والامتناع أمر سلبي عدمي ، والمباشرة والتسبب لايكونان الا بأمر وجودى وقوعي ، وأيضا لايؤاخذ الله تعالى على الفعل النفسي مجردا حتى يخرج الى حيز الوقوع .

وخالف في هذا الحنابلة والمالكية (٢) ومستندهم في هذا ، أنه ترك واجبا ، وهو انقاذ مال أخيه المسلم ، مع قدرته على ذلك ، فأدى امتناعه عن اداء الواجب ، الى تلف المال المحترق ، تسببا ، فيكون مسئولا وضامنا ، كمن وجد لقطة في الطريق ولم يلتقطها ، وهو يعلم أنها اذا تركت تلفت ، كان ضامنا ، فكذا هذا ، ولأنه ضرب من التسبب في تضييع المال ، وهو مانرجحه (٣) .

التعدى (٤)

قلنا آنفا ، أن "التعدى" في اصطلاح الفقهاء ، لايعني

---

١) البدائع جـ٧ ص ١٦٤ تبيين الحقائق جـ ٦ ص ١٤٣ ص ١٤٦ نهاية المحتاج جـ ٥ ص ١٥١ وما يليها .

٢) كشاف القناع جـ٢ ص ٣٦٢ وما يليها ـ بداية المجتهد جـ٢ص٢٦٢ وما يليها لابن رشد ـ الفروق جـ٢ ص٢٠٥ للقرافي .

٣) راجع الضمان ص ٨٢ ص ٨٣ للشيخ علي الخفيف.

٤) يطلق المالكية "التعدى" على غصب المنفعة اما الاستيلاء على العين عدوانا فيسمى عندهم غصبا ـ راجع البهجة شرح التحفة جـ ٢ ص ٣٤٤ ـ وص ٣٥١ للتسولي .

التعمد أو القصد ، وانما يعني دون وجه حق او المجاوزة الى حق الغير ، أوعدم الجواز الشرعي (١) أو العدوان ، كما يعني الاهمال والتقصير فالفعل الضار لايكون موجبا للضمان ، الا اذا وقع بغير وجه حق ، وقد استقر قاعدة في الفقه الاسلامي موداها أن " الجواز الشرعي ينافي الضمان (٢) " .

وعلى هذا ، فلو حفر بئرا في الطريق العام دون اذن ولي الامر ووقعت فيها دابة فنفقت ، ضمن الحافر ، لأنه تسبب في هذا الضرر تعديا وبدون وجه حق ، بخلاف مالو كان الحفر باذن من ولي الامر .
ومن ذلك ، مالو نشب حريق في دار فهدمها الجار دون اذن صاحبها قطعا لامتداد الحريق الى داره ، وبدون اذن ولي الامر ، ضمن ، لأنه مباشر للاتلاف ، على وجه التعدى (٣) .
ونرى أنه اذ تعذر استئذان صاحبها ، لغيبته ، أو تعسر استئذان السلطات أو تقاعس عن اداء الواجب في الوقت المناسب كان له أن _

---

١) الموجبات والعقود _ جـ١ ص ١٧٤ _ للمحمصاني .
٢) المجلة / المادة / ٩١
٣) المادة ٩١٩ من المجلة . على ان قاعدة " الجواز الشرعي ينافي الضمان ليست على اطلاقها ، بدليل ضمان التعسف والفعل المتعسف في استعماله ، جائز بالنظر الى اصل تشريعه ، ومع ذلك يضمن المتعسف ماترتب على فعله من نتائج ضررية لاحقة بالغير اذا كانت على قدر معين من الجسامة ولو بدون قصد ، لذا كان لابد من تصحيح منطوق هذه القاعدة فيقال : الجواز الشرعي المقيد ينافي الضمان .

يهدمها (١) ، ولا ضمان/انقاذا لحقه ، ولأن واجبا عليه شرعا ، ألا يتسبب في ضياع ماله دون مقصد شرعي ، ألا ترى أنه لو راى مال غيره يحترق ، وكان بامكانه انقاذه ولم يفعل ، كان ضامنا ، لتركه واجبنا كما قدمنا ، فأمواله اولى .

ويورد الامام السرخسي صورا من الافعال الضارة تعديا ودون جواز شرعي ويتسبب فاعلها في وقوع اضرار بالغير ، ومن ذلك " اذا وضع الرجل في الطريق حجرا ، أو بنى فيه بناء ، أو أخرج من حائطه جذعا ، أو صخرة شاخصة الى الطريق ، أو اشرع كنيفا ، أو حياضا ، أو ميزابا ، أو وضع في الطريق جذعا ، فهو ضامن لما أصاب من ذلك ، لأنه "مسبب" لهلاك ماتلف بما أحدثه ، وهو متعمد في هذا التسبب ، فانه أحدث في الطريق مايتضرر به المارة ، او يحول بينهم ، وبين المرور في الطريق الذى هو حقهم (٢) ، والتعدى كما قلنا شرط للتضمين ، فاذا انتفى الشرط انتفى المشروط ، اذ لايترتب على الجواز الشرعي ـ في الاصل ـ ضمان ، للمنافاة . هذا ، ولا ينظر في " التعدى "

---

١) هذا اذا تعين الهدم طريقا الى انقاذ داره ، والا فان امكن انقاذها بقطع امتداد الحريق اليها ، بالاطفاء وجب المصير الى ذلك ، والا كان ضامنا بالهدم ، على أى حال ، لعدم الضرورة ، ومن قال بالتضمين ربما اعتمد على قاعدة : (الاضطرار لايبطل حق الغير) ويجاب عن هذا ، أن الخلاف بين الفقهاء جار في اصل القاعدة نفسها فلا يكون الاختلاف عن باب تحقيق المناط .

٢) المبسوط جـ٢٧ ص٦ ـ وراجع الموجبات والعقود ـ للمحمصاني جـ ١ ص ١٧٥ .

يشترط للتضمين في المتلفات المالية ، الى التعمد ، فالتعمد والخطأ في ذلك سواء ، بل انتفاء التمييز او الارادة اصلا ، لايخل بمبدأ التضمين لأن الشريعة تقيم الضمان على التعدى وصفا ماديا للمحل (١) ولم تعتبر أيا من العناصر الذاتية ، كالادراك أو التمييز ، أو الارادة ، أو القصد والتعمد ، أو الخطأ مناطا للضمان ، كما اسلفنا .

هذا ، ولا حجر في الجوارح فيما يتعلق باتلاف الاموال (٢) . وعلى هذا ، فالصغير غير المميز ، كالكبير البالغ العاقل المدرك في مسئولية التضمين عما ترتب على افعاله الضارة من اتلاف لمال الغير ، وكذلك المجنون ، والمعتوه والنائم ، فيما لو انقلب على مال ـ اثناء نومه ـ فأتلفه لأن الضمان ليس من باب العقوبة التي يشترط فيها القصد والارادة بل من باب الجبر والتعويض المالي ، كما قدمنا والمقصود بانتفاء الاهلية هنا ، هو أهلية الاداء ، والا فان اهلية الوجوب شرط ، لأنها مناط الانساني وقيام الذمة في ثبوت الحقوق لصاحبها وعليه ، والا فان انتفاء الاهلية وجوبا وأداء ، لا ضمان معه كالحيوان ، لأن جرح العجماء جبار .

هذا ، واعتبار العمد والخطا في التعدى في الانفس لافي الاموال (٣)

---

١) مذكرة في المسئولية التقصيرية ـ مقررة على الصف الرابع في كلية الشريعة ـ للدكتور محمد فوزى فيض الله .

٢) المحجور ـ سواء اكان عاقلا أم مجنونا أم صغيرا غير مميز اذا اتلف مالا ضمن اذلاحجر في افعال الجوارح فالاعذار لاتوثر في عصمة المال .

٣) وللعمد والخطأ في التعدى أثر في الاثم الاخروى وعدمه فيما يتعلق بالاتلاف المالي ، لافي الحكم الدنيوى ، اذ التعدى

وفي الاثم الاخروي وعدمه .

وعلى هذا ، فلا حجر في افعال الجوارح ، والاعذار من الجنون والصغر وانتفاء التمييز وما اليه لايؤثر في عصمة المال .

معيار التعدي بمعنى الاهمال والتقصير :

قلنا أن التعدي هو المجاوزة الى حق الغير ، أو العدوان على ماله اتلافا دون وجه حق . وأما فيما يتعلق بالتقصير والاهمال وقلة الاحتراس ، فان الضابط هو مخالفة السلوك المألوف للرجل العادي . ومن المقرر عند أصحاب القواعد ، أن كل ماورد به الشرع مطلقا ، ولا ضابط فيه ولا في اللغة يرجع فيه الى العرف (١) .

الاستثناءات من قاعدة التعدي :

استثنى الفقهاء من قاعدة التعدي فلا يعتبر الفاعل معتديا ، في حكم الشرع ولو تحقق فيه مناط التعدي ظاهرا للحالات الآتيـة :

١ ـ حالة الدفاع الشرعي عن النفس أو المال ، أو العرض .

٢ ـ حال الضـــرورة

٣ ـ حال تنفيذ أوامر ذي الولاية الخاصة ، أو العامة (٢) .

---

* يوجب الضمان في كليهما ، فالتمييز والادراك والقصد ، ليس شرطا في ايجاب الضمان المالي كما اشرنا ، لأنه تعويض وجبر عن مال متلف وليس عقوبة زاجرة ، كما في العدوان على الانفس .

(١) الاشباه والنظائر ـ للسيوطي .

(٢) ولا يتسع المقام للتفصيـــــل .

المبحث الثاني

الضرر

الضرر هو علة الضمان ، والفعل الضار بشرط التعدي سبب (١) هذا ، والضرر مطلقا يوجب التضمين ، ولا يشترط في الفاعل الذى احدثه القصد او التعمد ، أو الادراك والتمييز " كما قدمنا .

فالصغير غير المميز ، والمجنون ، والمعتوه والمخطئ والنائم والناسي ، كل اولئك اذا اتلف مالا للغير ، وجب عليه الضمان في ماله لأن الضرر في ذاته علة للتضمين شرعا ، بل يحكم بالتضمين على من لم يحدث منه فعل نشأ عنه الضرر ، كالتلف الذى يحدث في مال هو في يد ضمان ، لما ذكرنا من ان الشريعة ، اعتبرت الضرر مطلقا ، علة في تشريع حكم التضمين ، فاذا وجدت العلة (الضرر) وجد المعلول وهو الحكم حتما ، اثرا للعلة ، وهو التضمين فكان ذلك الحكم (٢) من خطاب الوضع لا من خطاب التكليف ، وهو مذهب الجمهور ورأى عند المالكية (٣) واذا كان الضرر علة في حكم التضمين كان ركنا بحيث اذا انتفى الضرر انتفى الضمان ، ولو باشر الفاعل فعلا ضارا من شأنه أن ينشأ عنه الضرر ، أو تسبب في احداث ذلك ولكن الضرر لم يقع .

---

(١) فرق بين السبب والعلة ، فالسبب طريق موصل الى الشيء ولكن من غير تأثير ، بخلاف العلة ، فانها مؤثرة بجعل الله تعالى او هي مايكون حصول الشيء عنده ، أثرا له .

(٢) أى الحكم بالتضمين . (٣) الخرشي ج٦ ص١٥١ القوانين الفقهية ص٣١٩ لابن جزى وتبيين الحقائق ج ٥ ص ٢٢٢ .

وعلى هذا اذا ذبح شاة لغيره لاترجى حياتها لم يضمن قيمتها ، لعدم الضرر ، وان باشر فعلا ضارا بل قد أفاد صاحبها ، اذ لو تركها دون ذبح وهي مشرفة على الهلاك ، لتلفت ، فكان في الامتناع عن ذبحها تسبب في الاضرار بصاحبها ، اتلافاً يضمن في بعض المذاهب لأنه ضرب من التعدى في صورته السلبية ، كما بينا (١) الا اذا كان احتراق المال على مشهد من صاحبه ، اذ يسقط الواجب على غيره في انقاذه (٢) هذا وقد قلنا ، ان فيصل التفرقة بين الفعل التعسفي ، وبين الفعل الضار في المسئولية التقصيرية ، ان الاول يشترط فيه أن يكون ماأدى اليه من " ضرر " فاحشا أوراجحاً ، لتثور المسئولية التعسفية ، ذلك لأن الفعل التعسفي في أصله مشروع ، بخلاف الفعل الضار ، فان الضرر الذى هو علة التضمين يوجبه ولو كان يسيرا ، لأن الفعل الضار في أصله غير جائز أصــلا •

تعريف الضرر :

عرف بعض الفقهاء الضرر بأنه كل خسار في المال ينشأ عن نقص فيه أو في منافعه ، أو زوالها مع أصلها جملة أو زوال بعض أوصافه مما يؤثر في قيمته ، وعلى هذا ، فالاتلاف او الضرر قد يكون جزئيا وقد يكون كليا (٣) والاول افساد والثاني استهلاك •

---

١) مجمع الضمانات ص ٣٠٨ وص ٣٦٠ ـ القواعد ص ٢٢٢ لابن رجب (٢) الضمان ص ٨٢ ـ للشيخ علي الخفيف •

٣) القواعد ص ٢٢٢ لابن رجب مجمع الضمانات ص ٣٠٨ •

أنواع الضـــرر :

والضرر على نوعين :

١ _ مادى او مالـــــي

٢ _ معنـــــــوى

أما الضرر المادى ، فما يصيب مال الانسان ، فيتلف بعضه ، أو يصيبه بتعييب ينقص قيمته ، أو يذهب بالمال كله ، أصلا ومنفعـة فيجـب التعويض على صاحبه بالمال بقدر التالف ، ليحل مال مكــان مال ، جبرا وتعويضا ، ولهذا وجب التعويض بالمثل الكامل ليكون الجبر من كل وجه ، صورة ومعنى، والا فيجب المساواة التامة من حيـث المالية وهي القيمـة •

وأما الضرر المعنوى ، فمن مثل مايصيب الانسان في شرفه وعرضــه من الاذى كما في القذف والسب ، أو من ايذاء للشعور ، أوامتهان في المعاملة ، وهذا لايخضع لقواعد التعويض في الفقه الاسلامي التــي تقضي بأن يحل مال محل مال اتلف وانما يترك تقدير التعويض المالـــي فيه للحاكم ، والاصل عدم التضمين فيه ، الا ان بعض الفقهاء قالـوا بتعويض الالم (١) اذا لم يحدث أثرا والخلاصة : أن تحقق الضرر المالي

---

(١) على أن التعزيز بالتغريم المالي عقوبة لايدخل في موضوعنا لأنه ليس من باب التعويض عن مال أتلف _ واما التعويض عن الالم فقال: أبو يوسف الموجهات ج ١ ص ١٣٢ •

بالمضرور هو مناط التضمين المالي تعويضا اثرا لنقص في المال أو في منفعته ، أو في قيمته ، أو قيمته بعضه ، أو لزوال المنفعة كلها التي كانت تطلب منه عادة ، وهذا الضرر الكلي والجزئي قد يحدث عادة نتيجة المباشرة ، أو التسبب (١) كما أشرنا .

المبحث الثالث

الافضاء أو علاقة السببية بين الضرر والتعدى

لا تنهض المسئولية أو يحكم بالتضمين الا بعد تحقق العلاقة بين الفعل الضار ونتيجته من الضرر ، اما عن طريق المباشرة أو التسبب وهي وان كانت شرطا يتوقف عليه الحكم بالتضمين ، غير أن الشرط يعتبر من الاركان عند جمهور الفقهاء خلافا للحنفية وبانتفاء هذه العلاقة ينتفى الحكم بالضمان .

ويقصد بالعلاقة " التلازم " الذى لا انفكاك له بين السبب وبين ما أدى اليه من نتيجة أو بين العلة ومعلولها عند انتفاء المانع ، وهذا التلازم هو مايطلق عليه الافضاء .

أما السبب ، فهو الفعل الضار على وجه التعدى ، وأما النتيجة فهي الضرر ، وليس من معنى التعدى التعمد او القصد ، بل المجاوزة أو عدم الجواز الشرعي .

---

١) نص الفقهاء على مايتحقق به الضرر في الاموال بالاتلاف ومعناه اخراج الشيء " عن أن يكون منتفعا به منفعة مطلوبة منه عادة وهو اما ان يكون تاما ويسمى الاستهلاك كقتل الحيوان او حرق الثوب او كسر الفخار وما الى ذلك واما ان يكون ناقصا ويسمى الافساد كما في خرق الثوب ، أو قطع رجل الدابة او ماشبه ـ البدائع جـ٧ ص١٦٤ المحمصاني ـ الموجز جـ٢ ص١٧٠ القوانين الفقهية ص٣٣٢ ابن جزى .

أما معنى التلازم الذى هو الافضاء فهو كون النتيجة لاتخلف عن سببها او ان المعلول لايتخلف عن علته ، عادة يجعل الله تعالـــــى .

الفرق بين السبـــب والعلــة

السبب ماكان موصـــلا الى المسبب من غير تاثير بخلاف العلة ، فهي ماشرع الحكم عنده اثرا له .

فالعلة توثر في الحكم ، لان الشارع اعتبرها أساسا في تشريع الحكم لأنها مظنـــة الحكمة أو المصلحة ،ويرى الاصوليون أن السبب الحقيقـــي لابد أن يتوسط بينه وبين الحكم علة فيضاف الحكم عندئذ الى العلة دون السبب اذ ايجاد العلة يطلق عليه " المباشرة " وايجاد السبب يطلق عليه " التسبب " والمباشرة يجب تقديمها على التسبب اذا اجتمعـــــا تبعا للتأثير في الاول دون الثاني ولستقر هذا قاعدة عامة في الفقه الاسلامي موداها أنه : " اذا اجتمع المباشر والمتسبب ، أضيف الحكم الــــى المباشر (١) .

هذا ، وتقديم المباشرة على السبب ، انعقد عليه الاجماع (٢) فيضاف حكم التضمين الى المباشر دون المتسبب .

---

١) الأشباه والنظائر ص ٦٤ ـ ابن نجيم . المجلة / المادة ـ/ ٩٠

٢) جاء في قواعد ابن رجب مانصه : " اذا استند اتلاف أموال الآدميين ونفوسهم ، الى مباشرة وسبب تعلق الضمان بالمباشر دون التسبب الا ان تكون المباشرة مبينة على السبب " القاعدة ١٢٧ ـ ص ٢٨٥

وانظر في هذا المعنى الاشباه والنظائر للسيوطي ص ١٠٩ الفروق للقرافي جـ ٢ ص ٢٠٨ المجلة مادة ٩٢٥ ـ تبيين الحقائق جـ ٦ ص ١٤٢ وما يليهـــا .

المباشـــــرة والتســـــبب

قلنا أن الاتلاف أو الضرر هو علة الحكم في التضمين ، غير أن التلف قد يحصل عادة بطريق المباشرة او التسبب ،

والمباشرة هي اتصال الفعل الضار ذاته بالمال ، فيتلفه ، أو هي ايجاد علة اتلافه ، دون أن يتوسط بينهما فعل آخر يتسبب عنه الضرر ، فهذا ضرر مباشر ، ولا خلاف في تضمين من باشره وأحدثه ، وذلك لان فعله علة التلف بدليل نسبته اليه ، كاحراق الزرع ، أو قطع الشجر ، أو هدم البنيان ، أو قتل الحيوان ، أو احراق المتاع ، أو تمزيق الثوب وليس أى من الاهلية ، أو التمييز ، أو الادراك ، أو التعمد شرطا في حكم

(١) وهكذا ترى أن مبنى الضمان في اتلاف المال هو جبر النقص ، لاعقوبة الزجر ، أو هو بدل مال ، لاعقوبة أفعال ، ولذا لاحجر على الصبيان ومن اليهم من عديمي الاهلية ، في افعالهم بل الحجر عليهم في تصرفاتهم القولية ، كالعقود لأنهم ليســـوا أهلا للالزام والالتزام فيها ، لانتفاء اهلية الاداء لممارســـة العقود والالتزامات بخلاف الجنايات على الانفس ، فانها تعتمد القصد والارادة في الجزاء وهذا مفقود في عديم الاهلية لأن حكمها العقوبة الزاجرة ، لا التعويض الجابر ،
— ويقول صدر الشريعة في هذا الصدد : " الحجر فـــي الحكميات ، لافي الحسيات " هذا وقد ورد في القرآن الكريم حكم قتل المؤمن خطأ ، من تحرير رقبة ، ودية مسلمة ، كفارة فهل الكفارة جابرة أم زاجرة والارجح كونها زاجـــــرة .

التضمين ، لما قدمنا من أن التشريع الاسلامي ، قد رتب الضمان على التعدى وضعا ماديا للمحل ، فكان حكما وضعيا لا تكليفيا ، بأن وضع الله تعالى شيئا علة لشيء آخر ، بحيث يستلزم وجودها وجود الحكم الذى بني عليها ، لأنها معتبرة في تشريعه .

وعلى هذا ، فالمباشرة في الاتلاف (١) اتصال الفعل الضار ذاته بمحل الضرر من المال دون أن يتوسط فعل آخر ويحدث شيئه تلفا أو ضررا بحيث ينسب هذا الفعل عادة الى فاعله الذى باشره او هي ايجاد علة التلف (٢) كما ذكرنا .

أما التسبب فهو اتصال " أثر الفعل " بمحل الضرر وهو المال لا ذات الفعل وحقيقته فيوصل ذلك الى تلفه وذلك بأن يحدث أخذ أمرا في شيء يفضي الى تلف شيء آخر على جرى العادة .

---

١) عرفت المجلة الاتلاف مباشرة بأنه : " اتلاف الشيء بالذات مادة ٨٨٧ — اما الاتلاف تسببا فقد عرفته بانه احداث امر في شيء يفضي الى تلف شيء آخر على جرى العادة المادة ٨٨٨ .

٢) او بعبارة اخرى الاتلاف مباشرة هو الذى لا يتخلل بين فعل المباشر وبين تلف المال ، فعل آخر — درر الاحكام شرح مجلة — الأحكام . جـ ٢ ص ٤٥٢ لعلي حيدر — شرح المحاسني فهمي الحسيني الاشباه والنظائر جـ ١ ص ١٩٦ .

هذا ، والاتلاف مباشرة أوضح من ان يفتقر الى مثال ، فقطع الاشجار في ملك الغير دون وجه حق ، اتلاف مباشرة بخلاف ما اذا كان باذن المالك ، حيث يعتبر اتلافا مباشرا بحق ، فيضمن في الحال الاولى دون الثانية ، وكذا لو هدم جدارا لغيره دون وجه حق ، أو احرق زرعه .

أما الاتلاف تسببا ، فمن مثل أن يحفر أحد حفرة في الطريق العام فيسقط فيها حيوان أو تلقي به الريح فيها ، فيتلف ، ضمن الحافر لتعديه بالحفر ، وتسببه في الاتلاف ولنسبة الاتلاف اليه عادة سواء بسقوط الحيوان من تلقاء نفسه ، أو بفعل الريح .

أما انه متعد ، فلأنه حفر في الطريق العام ، وهو حق العامة ودون اذن ممن يمثلهم ، وهو ولي الامر او نوابه ، وأما أنه متسبب فلأن الحفر سبب موصل الى ذلك التلف ، على جرى العادة .

وبذلك اجتمع التسبب والتعدى فيترتب على ذلك حكم التضمين بخلاف ما اذا حفر احد حفرة في أرض يملكها ثم سقط فيها حيوان لغيره ، فتلف فانه لايضمن ، لأنه وان كان متسببا لكنه غير متعد ، والمتسبب لا يضمن الا اذا كان متعديا .

هذا ، ويشترط في ضمان الاتلاف تسببا الا يتخلل بين فعله وبين الاتلاف ، فعل مختار مباشر وذلك لأن المباشرة أو العلة مقدمة على السبب في الحكم، لكونها مؤثرة في الحكم دون السبب كما ذكرنا ، ومن هنا كان تقديم المباشرة على التسبب لرجحان العلة بالتأثير المباشر ، دون السبب لأنه طريق موصل الى السبب ولكن دون تأثير .

اذا اجتمع المباشر والمتسبب اضيف الحكم الى المباشر :

فلو حفر شخص حفرة في الطريق العام ، فجاء آخر والقى فيها حيوانا أو متاعا فأتلفه ، كان الدافع هو الضامن دون الحافر لمباشرة الاول وتسبب الثاني ، ولأن الفعل الضار ، وما ترتب عليه من تلف ، ينسب عادة الى الدافع (١) .

هذا ولو دل شخص لصا على مال فسرقه ، فالضمان على السارق لأنه مباشر دون الدال لأنه متسبب (٢) .

وعلى هذا ، تقدم المباشرة على التسبب اذا تعارضا او اجتمعا لقوة الاول بتاثيره ، لانه علة الاتلاف والعلة هي اساس الحكم بالتضمين .

أساس التفرقة بين المباشرة والتسبب في الحكم :

ان التفرقة بين المباشرة والتسبب أساسها أن الاولى قوامها اتصال الفعل الضار ذاته بمحل الضرر ، وهو المال ، كما بينا ، فكان علة مؤثرة في الاتلاف ، وهذه العلة من الظهور بحيث لاتدع حاجة الى

(١) المادة ٩٠ من المجلة ـ الاشباه والنظائر ص ٦٤ لابن نجيم وللسيوطي ص ١٠٩ وقواعد ابن رجب ـ ص ١٢٧ وص ٢٨٥ ـ الفروق جـ ٢ ص ٢٠٨ للقرافي المجلة ـ المادة ٩٢٥ .

(٢) وهذا على رأي بعض الفقهاء ، ويرى فريق آخر الضمان عليهما كما سيأتي ، استثناء ، لأن الدال هنا يعتبر مساهما في الفعل الضار .

النظر الى فاعلها ، وقصده أو تعمده لأن الفعل الضار المباشر ينسب الى فاعله عادة لاحداثه اياه ، فلا مناص من الحكم عليه بالتضمين لذلك ، وجوبا .

وهذا بخلاف المتسبب ، لأن فعله لايتصل بذاته بمحل الضرر كالمباشر ، بل بأثره ، على مافصلنا ، لذا ، لم يكن تسببه في احداث الضرر ظاهرا ظهور المباشرة ، ولا قويا قوتها ، اذ المفروض أنه عند اجتماعهما ، قد تخلل بين تسببه وبين التلف أو الضرر فاصل هو فعل مختار مباشر ، أحدث الضرر ، فالضرر اذن قد تراخى حدوثه عن التسبب ، ولكنه حدث اثر المباشرة ، فكان السبب مجرد سبيل موصل الى الضرر ، غير مؤثر ، بخلاف المباشرة فانها علة مؤثرة في احداثه ، ودون تراخ ، أو بعبارة اخرى ، أن سببيه فعل المتسبب للضرر أضعف وأخفى من المباشرة ، ومع هذا الضعف والخفاء النسبي لايرتفع الى مستوى المباشرة من حيث القوة والظهور ، بدليل نسبة الفعل او الضرر الى المباشر عادة دون المتسبب . لذا ، قدمت المباشرة على التسبب عند اجتماعهما ، وأضيف الحكم بالتضمين الى المباشر دون المتسبب وهذا بالاتفاق بين المذاهب ، لوجود مسوغ الترجيح عند تعارضهما ، وهو قوة المباشرة وظهورها ، في احداث الضرر ، ـ فالفارق واقعي كما ترى .

غير أنه اذا ارتفع التسبب الى مستوى المباشرة في بعض الحالات من حيث القوة والظهور ، حتى كان السبب في معنى العلة المؤثرة اضيف حكم التضمين الى المتسبب وحده ، أو اليهما معا على السواء ، لانتفاء

سبب الترجيح ، استثناء من قاعدة تقديم المباشر على المتسبب وهو ما نتناوله بالبحث حالا .

الحالات المستثناة من قاعدة تقديم المباشرة على التسبب

يستلخص مما سبق ، أن قاعدة تقديم المباشرة على التسبب المتفق عليها ليست على اطلاقها ، بل مقيدة بألا يصبح السبب في معنى العلة ، من حيث القوة والاثر ، والظهور ، وهو ما أشار اليه ابن رجب في قواعده ، بأن تكون المباشرة مبنية على السبب ، وناشئة عنه سواء اكان الفعل المتسبب ملجئا الى المباشرة اولا فمن ذلك ، ما اذا حكم القاضي بمال لآخر فذهب به ، بناء على شهادة شهود ، ثم رجعوا عن شهادتهم ، فالضمان على الشهود المتسببين وحدهم لا على القاضي المباشر للاتلاف للأسباب الآتية :

١ ـ لأن الشهود قد ألجأوا القاضي الى الحكم الذى هو علة الاتلاف .

٢ ـ أن ليس في عمل القاضي تعد ، وهو شرط في حكم التضمين .

٣ ـ أن التعدى مع التسبب كانا متوافرين في الشهادة أما التسبب ، فظاهر وأما التعدى ، فللرجوع ، أو التزوير ، ثم الجاء القاضي الى الحكم بشهادة زور .

لذا ، كانت المباشرة كما ترى مبنية على التسبب ، وكان ظهور التأثير وقوته في الشهادة لا في قضاء القاضي ، فارتفعت الى مستوى العلة من حيث الظهور وقوة التأثير ، فكانت في معنى العلة ، بل العلة وهي

المباشرة مبنية عليها •

وهذا القيد قد استقر في فقه الحنفية والمالكية في الجملة ايضا (١) حيث قالوا يضمن السائق والراكب والاول متسبب والثاني مباشر لما وطئته الدابة فاتلفته ، كما قالوا بتضمين الحافر حفرة في طريق لحيوان يعلم أنه يمر فيها ، ومن أرداه فيها ، اذ القصد الى الاتلاف من المتسبب جعله بمنزلة الدافع فالضمان على المباشر والمتسبب كليهما •

كذلك قالوا بتضمين من أمسك شخصا لظالم ، ليأخذ منه مامعه من النقود بعد فراره ، فالضمان عليهما لأن المتسبب بتعديه ، وقصده الى اتلاف المال ، ارتفع الى مستوى المباشرة أو اعتبر مساهما في الفعل المباشر (٢) •

وهكذا ترى أن الضمان قد يلزم به المتسبب وحده ، او مع المباشر •

شروط الضمان :

قدمنا أن الضرر أو الاتلاف المالي هو علة الحكم بالتضمين ، ولا تحقق لهذا المناط الا في مال متقوم مملوك ، وهذا هو الشرط الاول •

---

(١) تبين الحقائق ج ٦ ص ١٥٠ _ مجمع الضمانات ص ١٧٧ الشرح الكبير _ ج ٣ ص ٣٤٤ _ و ج ٢ _ ص ٤٤ ٢ وما يليها •

المراجع السابقة _ ولا يتسع المقام للتفصيلات الواسعة •

فلا ضمان اذن اذا كان المتلف ليس مالا أصلا ، كالميتة والدم أو ليس متقوما ، كالخمر والخنزير بالنسبة للمسلم ، أو ليس مملوكا لأحد كالمباحات .

أما المنافع ، فان غصبها لا يوجب تضمين غاصبها عند الحنفية ، لكونها ليست مالا متقوما عندهم فلا يتحقق فيها معنى التعدى ، خلافا للجمهور الذين يرون أن التعدى عليها يتحقق في التعدى على مصادرها أو الحيلولة بين صاحبها ، وبين الانتفاع بها بأى حائل ، أو باخراجه من مصادرها ، وما الى ذلك والحيلولة نوع من التعدى ، وحجة الجمهور ، أنها تقابل بالمال في عقد الاجارة ، وتختلف قيمتها باختلاف الزمان ، والمكان ، والهيئات ، كالأعيان (١) فتضمن بالتعدى .

الثاني : أن يكون الفعل الضار واقعا على سبيل التعدى ، بمعنى المجاوزة الى حق الغير ، أى دون جواز شرعي ، أو دون اذن من المالك بالاتلاف ، ولا يعني التعدى ، التعمد والقصد ، أو توفر عنصر التمييز والادراك في المتعدى سواء أكان الاتلاف بطريق المباشرة او التسبب.

---

١) قد فصلنا القول في مالية المنافع في بحثنا في حقوق الابتكار في الفقه المقارن .

ـ هذا وقد استثنى الحنفية ، منافع الموقوف للسكنى أو للاستغلال ، ومنافع ملك اليتيم ، ومنافع المعد للاستغلال فان منافع هذه الاعيان مضمونه بالتعدى .

الثالث : أن يكون الضرر واقعا بطريق المباشرة أو التسبب دون غيرهما ، وقد فصلنا القول فيهما .

الرابع : ألا يكون الفعل الضار واقعا بامر ممن له الولاية على فاعله فيما له حق الامر فيه ، كامر الرئيس بالنسبة لمرؤوسه الموظف .

الخامس : الا يكون الاتلاف ناشئا عن الدفاع الشرعي عن النفس وهذه هي مسالة الصائل المعتدى كاتلاف سلاحه ، وكراعه ودابته ، وسائر أدواته ، وكذلك اتلاف أدوات الباغي وسلاحه .

السادس : ألا يكون الاتلاف بحكم الشرع ، على سبيل التغريم بالمال عقوبة ، من مثل كسر دنان الخمر اذا اقتضت اراقتها ذلك أو كان بأمر من له الولاية ، تغليظا للعقوبة .

هذا والشرط الرابع والخامس والسادس من المستثنيات من قاعدة التضمين .

المبحث الثالث

الفرق بين ضمان العقد وضمان الاتلاف ويد الضمان :

ضمان العقد في الفقه الاسلامي ـ انما يعني التعويض المالي عن عين مالية تلفت قبل تسليمها الى مستحقها ، في يد من التزم بذلك بموجب عقد ، وعلى هذا ، فان ضمان العقد لا يكون ـ كما يقول السيوطي الا في عين معينة في صلب العقد ، كالمبيع ، أو الثمن اذا كان عينا معينة في عقد البيع ، أو الاجرة اذا كانت عينا معينة في عقد الاجارة وبدل الصلح اذا كان عينا كذلك .

هذه الاعيان المنصوص عليها في صلب العقد ، تعتبر مضموناً ضمان عقد على من وجب عليه تسليمها للطرف الآخر ، بموجب العقد ، اذا تلفت قبل التسليم .

ويختلف ضمان الاتلاف عن ضمان العقد ، فيما يتعلق بأساس التعويض فيهما ، أن الاول يقوم على المثلية ، صورة ومعنى ، أو المثلية معنى وهي القيمة ، والمثلية انما تعني المساواة او المعادلة والتكافوء بين العوض والمعوض عنه،ذلك لأن الفعل الضار يرد على العين وعلى أوصافها كذلك ، فوجب مراعاة كل ذلك في التقدير وهذه هي المماثلة التامة ، بخلاف ضمان العقد فانه يقوم على اساس التراضي ، والمقصود فيه الربح فقد يقع فيه التفاوت بين البدلين ، لذا ، فلا اعتبار للمساواة والمماثلة ، ولا تراعى اوصاف التالف عند تقدير التعويض المالي .

أما تأخير تنفيذ الالتزام ، فيما اذا كان محل العقد او محل الالتزام عملا كالأجير المشترك او الخاص ، او تسليم المبيع الى المشترى عند اداء الثمن ، فلا يقابل هذا التأخير بتعويض مالي في الفقه الاسلامي ، اذ التعويض المالي شرعا ، انما يعني قيام مال بدل مال اتلف وتأخير التنفيذ ليس بمال ،فلا تعويض فيه ، لأنه ضرب من اكل اموال الناس بالباطل وعلى هذا ، فالمسئولية العقدية في القانون لاتعني ضمان العقد في الفقه الاسلامي .

وعلى هذا ، فضمان العقد انما يترتب أثرا لازما لحكم العقد ذاته ، اذ وجوب تسليم العين المبيعة مثلا التزام ناشيء عن العقد

---

١) الضمان ص ٢٠ للشيخ علي الخفيف .

والضمان أثر يلزم عن هلاك العين قبل تسليمها ، فليس ضمان العقد اذن حكما ناشئا عن العقد نفسه .

أما ضمان اليد ، فهو تعويض مالي عن عين تلفت في يد ضمان لايد أمانة ، بسبب لايد لصاحب اليد فيه (١) ، ويراعى في هذا التعويض المثلية الكاملة او القيمة التامة للتالف ، على نحو ما تقرر في ضمان الاتلاف ، وبهذا تبين حكم الضمان في كل من ضمان الاتلاف ، وضمان اليد ، وضمان العقد .

---

١) المرجع السابق .

الباعث وأثـــــر في التصرفات والعقود فـي الفقـــه الاســـلامي

كان للفقه الاسلامي فضل السبق في ارساء مبدأ " الرضائية " في العقود " تأسيسا على احترام سلطان الارادة ، قبل أن تعرفه اوروبا بقرون ، ويقضي هذا المبدأ ، بأن يتم العقد وينتج آثاره بمجرد اتفاق ارادتين ، دون توقف على شيء من الاجراءات والمراسيم الشكلية • غير أن هذه الارادة قد يحركها باعث ، لانشاء تصرف هو في ظاهره — مستكمل لاركانه وشروطه الشرعية ، من توافر الايجاب والقبول ، وأهلية تامة للعاقدين ، ومحلية للعقد قابلة لحكمه ، لتحقيق اغراض غير مباشرة تجاوز الحدود الاخلاقية ، أو المصلحة العامة ، أو بعبارة أخرى تناقض مقاصد التشريع :

فوقاية من تعسف الارادة ، وما يؤول اليه طغيانها من تحقيق أغراض غير مشروعة أرست الشريعة فكرة الباعث كقيد يرد على تصرف الارادة ، أو على مبدأ الرضائية ، حتى لاتناقض مقاصد التسريع فيما تنشيء من تصرفات هي في ظاهرها جائزة ، ولكن في تنفيذها •

— بالنظر الى ماتهدف اليه من غاية نهائية غير مباشرة — مايمس المصلحة العامة ، أو يهدم مقاصد التشريع •

تحديد معنى الباعث :

يقصد بالباعث : الدافع الذى يحرك ارادة المنشيء للتصرف الى تحقيق غرض غير مباشـــر •

والمقصود هنا ، الدافع الى تحقيق غرض غير مشروع ، يجاوز الحدود —

الاخلاقية أو يمس المصلحة العامة أو يناقض مقاصد التشريع ، أو التحيل على ابطال المصالح الشرعية المعتبرة .

فعقد البيع مثلا من نتائجه المباشرة انتقال ملكية المبيع للمشترى ، وانتقال ملكية الثمن للبائع ، أما الغرض غير المباشر الذى يمكن أن يكون باعثا لأحد المتعاقدين ، أو لكليهما فنحو أن يبتغي المشترى اتخاذ المبيع لتحقيق غرض محرم ، كمن يشترى عنبا ليتخذه خمرا مثلا ، فاتخاذ عصير العنب خمرا باعث حمل المشترى على انشاء عقد البيع مع البائـــع ، وهو دافع ـ كما نرى ـ غير مشروع ، لأنه يرمي الى تحقيق غرض يحرمه الشـــارع .

هذا ، والباعث ـ كما هو واضح ـ أمر ذاتي خفي وخارج عن نطاق التعاقد لأنه ليس ركنا في التصرف داخلا في ماهيته ، ولا شرطـا يتوقف عليه وجوده ، واذا كان الباعث أمرا ذاتيا ، فهو متغير ، أى يختلف باختلاف الاشخاص .

اذن ، يمتاز الباعث بالخصائص التالية : بأنه ذاتي ، وخارج عن نطاق التعاقد ، وأنه متغير ، وهذه نتيجـة لكونه أمرا نفسيـــا ذاتيا . واذا تعددت البواعث فالعبرة عندئذ بالباعث الرئيسي .

ففكرة الباعث اذن وسيلة لابطال التصرف الذى هو في ظاهره جائـــز ويقصد به الوصول الى أغراض وغايات محرمة ، وهو بهذا المعنى ينطبق على الاحتيال على قواعد الشرع الذى أشار اليه الامام الشاطبي فـــي تعريفه للحيلة بقوله : " وحقيقتها : تقديم عمل ظاهر الجواز لابطال حكم شرعي ، وتحويله في الظاهر الى حكم آخر (١) أى من تحليـــل

---

(١) الموافقات : جـ ٤ ص ٢٠١ .

محرم أو اسقاط واجب ، وكلاهما مناقض لمقاصد التشريع ، وقد بين الامام الشاطبي هذه المناقضة بقوله : " فمآل العمل فيها خرم قواعد الشريعة (١) .

مكانة الباعث في الفقه الاسلامي

قدمنا أن الفقه الاسلامي ذو نزعة مثالية يقيم للعناصر الخلقية والادبية المقام الأول في تشريعه ، لسبب بسيط ، هو أنه فقه ديني الصبغة . وقد تظاهرت الآيات الكثيرة على توطيد ذلك ، من مثل قوله تعالى : وتعاونوا على البر والتقوى ، ولا تعاونوا على الاثم والعدوان ، وقوله تعالى : " ان الله يأمر بالعدل والاحسان " وقوله تعالى : " قل انما حرم ربي الفواحش ماظهر منها وما بطن ، والاثم والبغي بغير الحق " وقوله تعالى في وصف ماجاء به الرسول عليه الصلاة والسلام من تشريع " يحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث ، ويضع عنهم اصرهم ، والاغلال التي كانت عليهم .

كل ذلك يقتضي أن يعتد بالباعث الذى يقاس به شرف النوايا وطهارتها ، فكان الفقه الاسلامي ذا نزعة ذاتية .

غير أنه الى جانب ذلك ينزع نزعة مادية موضوعية ، تعتد بالعبارة الظاهرة في التصرفات ، بمعنى أن تمام التصرف وصحته وترتب آثاره عليه ، كل ذلك منوط بالكيان التعبيري للتصرف الذى تفصح عنه العبارة ، ومقتضى هذه النزعة ، ألا يعتد بما هو خارج عن نطاق التصرف من الأمور النفسية الخفية كالبواعث ، وهو بهذه النزعة يقترب من الفقه الجرماني

---

(١) المرجع السابق .

ذى النزعة الموضوعية الذى لا يبحث فيما يتعلق بنشأة الالتـــــزام أو صحته خارج نطاق العبارة المنشئة له ، فلا يبحث عن غايات نهائيـة وأغراض غير مباشرة خارجة عن النطاق التعبيرى الفني الذى هو مظهـــر " للادارة ، بل هو الارادة " .

وهذا النظر يضيق مجال فكرة الباعث وأثرها في التصرفات .

وبين استاذنا الدكتور السنهورى هاتين النزعتين في الفقه الاسلامي اذ يقول : " على الرغم من أن الفقه الاسلامي - تجاه نظرية السبـب ذو نزعة موضوعية بارزة يعتد بالتعبير عن الارادة دون الارادة ذاتهـا أى يأخذ بمبدأ الارادة الظاهرة لا بمذهب الارادة الباطنة ، حتى كـأن أقرب في هذه الناحية من الفقه الجرماني ، الا أنه من جهة أخرى ، فقه تتغلب فيه العوامل الادبية والخلقية والدينية ، وهذا يقتضي أن يعتـد فيه بالباعث الذى يقاس به شرف النوايا وطهارتها ، فكان ينبغي أن يكون لنظرية السبب - وهي خلقية في المقام الأول - مكان ملحوظ - يضاهي مكانها في الفقه اللاتيني (١) .

واذا كان الفقه الاسلامي - بحكم كونه ديني الصبغة - ينزع نزعة ذاتية تعتد بالبواعث والنوايا ، غير أنه لم يضع في أى مذهب من مذاهبـه نظرية عامة للباعث ، ولكنه يورد التطبيقات التفصيلية ، ويمكن عن طريق تحليل هذه التطبيقات الفرعية وتأصيلها ، استخلاص نظريات عامـة كنظرية الباعث مثـلا .

---

١) مصادر الحق في الفقه الاسلامي جـ ٤ ، ص ٥٣ للدكتور السنهـورى .

أثر هاتين النزعتين في المناهج الفقهية

لاخلاف بين العلماء في أن الباعث غير المشروع اذا أسفر عنـــه التعبير في صلب العقد يبطله ، لاقترانه بشرط محظور محرم (١) . أما اذا لم يتضمنه التعبير ، ولم يمكن استخلاصه من طبيعة محل العقد ضمنا ، ففي الاعتداد بـه خـلاف بين الفقهـــاء .

فالحنابلـة : يعتدون بالباعث ، ولو لم يتضمنه التعبير عن الارادة فاذا تبين أنـه غير مشروع ــ ولو عن طريق القرائن ــ ابطل الالتزام ولم يترتب عليه أثر ، وبذلك يأخذ الحنابلة بالنزعة الذاتية .

أما الحنفية والشافعية : فقد ذهبوا الى أنه لا اعتداد بالباعث غير المشروع مادام لم يتضمنه التعبير ، والتصرف صحيح ، بالنظر لسلامة كيانه الفني التعبيري ظاهرا ، من حيث هو تصرف مستكمل لاركانـه وشروطه الشرعية .

فوجود التصرف الشرعي ، ووجوب تنفيذه ، منوطان شرعا بصدور العبارة الصحيحة من أهلها في صورتها الدالة عليه ويقولون : ان نصوص القرآن والسنة ، بل وعامة أحكام الشريعة تدل على ذلك .

هذا ، وقد قدمنا أن الحنفية يعتدون بالباعث اذا دل عليه طبيعـة المحل ضمنا كما سيأتـــي .

فهذا الفريق لم يفسح المجال أمام القضاء لتحري البواعث النفسيـــة ، يحكم على ضوئها بصحة التصرف أو بطلانه ، بل يكتفي بالعبارة الظاهرة

---

(١) التصرف الانفرادي والارادة المنفردة ص ٩٣ للأستاذ الشيخ علي الخفيـــف .

أو الارادة الظاهرة .

ونفصل القول في الباعث من وجهة نظر المذاهب الفقهية :

١ ـ مذهب الحنفية :

قلنا ان مذهب الحنفية لايعتد بالباعث الا اذا تضمنته صيغة العقد صراحة ، أو أمكن استخلاصه من طبيعة محل العقد ، فمن الأول ماجاء في الزيلعي : " ولا يجوز (الاستئجار) على الغناء والنوح والملاهي ، لأن المعصية لايتصور استحقاقها بالعقد فلا يجب عليه الأجر من غير أن يستحق هو على الأجر شيئا ، اذ المبادلة لاتكون الا باستحقاق كل واحد منهما على الآخر ، ولو استحق عليه المعصية لكان ذلك مضافا الى الشارع من حيث أنه شرع عقدا موجبا للمعصية ، تعالى الله عن ذلك علوا كبيرا ... (١) .

تطبيقات فكرة الباعث في الفقه الحنفي :

وفي الفتاوى الخانية : " رجل استأجر فحلا لينزى به ، لا يجوز ذلك ، ولا أجر فيه وكذا النائحة والمغنية .. وان استأجر مسلم ذميا ، لبيع الخمر أو الميتة أو الدم ، لم يجز ، لورود النهي عن ذلك (٢) . "

وفي البدائع : " لاتجوز اجارة الاماء للزنا ، لانها اجارة على المعصية (٣) .

(١) الزيلعي جـ ٥ ص ١٢٥ . (٢) الفتاوى الخانية جـ ٢ ص ٣٢٢ .

(٣) البدائع جـ ٤ ص ١٩٠ .

وجاء في مختصر الطحاوى " ومن كان له عصير فلا بأس عليه في بيعه ، وليس عليه أن يقصد بذلك الى من يأمنه أن يتخذه خمرا دون من يخاف ذلك عليه ، لأن العصير حلال ، فبيعه حلال ، كبيع ماسواه من الاشياء الحلال ، مما ليس على بائعها الكشف عما سيفعله المشترى فيها ، وانما جاز هذا العقد اذا لم يذكر فيه صراحة ولا ضمنا ان يتخذه المشترى خمرا ، فالبيع في هذا الحال صحيح ، ولو اتخذه المشترى بعد ذلك خمرا (١) .

وهكذا نرى المذهب الحنفي لايعتد الا بمشروعية محل العقد ، مادام لم يرد في صيغته ، أو لم يمكن أن يستخلص من محل العقد مايسفر عن الباعث صراحة أو ضمنا .

هذا ، وعلماء الحنفية مجمعون على أنه لايجوز التعاون على الاثم والمعصية ، ولكن الخلاف بين الامام وصاحبيه فيما تقوم به المعصية فالامام يرى أن الباعث مادام لايوجد مايسفر عنه صراحة لايعتد به ، فلينظر الى محل العقد ، فاذا اقامت المعصية بذاته فلا يجوز العقد عندئذ ، أما اذا لم تقم المعصية بعينه ، فيجوز .

أما الصاحبان فقد جاوزا المحل ، ونظرا الى الباعث غير المشروع وقالا بالكراهية كما في التحايل على اسقاط الشفعة ، وكما في بيع العينة .

جاء في الاختيار (١) : وتكره الحيلة في اسقاط الشفعة قبل وجوبها عند أبي يوسف لأنه منع من وجوب الحق ، ويكره عند محمد ، لأنها

---

١) المرجع السابق ـ ص ٢٨٠ .

٢) الاختيار لتعليل المختار جـ ٢ ص ٦٨ .

شرعت لدفع الضرر ، والحيلة في اسقاط الزكاة على هذا " .

"تعليل الامام محمد صريح بأن الكراهة للتعسف ، لأن في اسقاط الشفعة منافاة لقصد الشارع ، فاذا شرعت الشفعة لدفع الضرر ، فاسقاطها عن طريق التحايل بأمر ظاهر الجواز يفضي الى الاضرار ، وهو مناقضة لقصد الشارع ، وكذلك اسقاط الزكاة .

وبوجه عام ، فان المذهب الحنفي لايقيم كبير وزن للباعث غير المشروع بعد أن يكون محل العقد مشروعا ، لاتقوم معصية بذاته ، فمن ذلك ماجاء في الزيلعي :

" وجاز بيع العصير من خمار ، لأن المعصية لاتقوم بعينه ، بل بعد تغيره ، بخلاف بيع السلاح من أهل الفتنة ، لأن المعصية تقوم بعينه ، فيكون اعانة لهم وتسببا ، وقد نهينا عن التعاون على العدوان والمعصية ، ولأن العصير يصلح لأشياء كلها جائز شرعا فيكون الفساد الى اختياره " .

فالنص صريح في أن العبرة بمحل العقد ، وتوافر شروطه أو فواتها ولا ينظر الى الباعث غير المشروع ، ولو قامت القرائن على وجوده ، فكون المشترى خمارا قرينة قوية في الدلالة على الباعث غير المشروع ، وهو اتخاذه خمرا ، ومع ذلك ، لم يتلفت اليه .

لايقال ان السلاح في ذاته ليس بمعصية ، فلم يأخذ حكم العصير ، لأنا نقول انه امكن استخلاص الباعث من طبيعته ، ولأنه تعين طريقا للمعصية في هذه الحال .

هذا ، ويعتد بالباعث غير المشروع في المذهب الحنفي اذا نص عليه

---

١) الاختيار لتعليل المختار جـ ٢ ص ٦٨ .

صراحة على سبيل الشرط فيبطل العقد ، من ذلك ماجاء في ابن عابدين : " لاتصح الاجارة لأجل المعاصي ، مثل الغناء والنوح والملاهي ، ولو أخذ بلا شرط يباح " . (١) .

ويورد الامام الكاساني تطبيقا فيما يمكن استخلاص الباعث غير المشروع من طبيعة محل العقد ، وحكمها عدم الجواز ، منها ماجاء في البدائع " وأما القرد ـ أى شراء القرد ـ فعن أبي حنيفة / رضي الله عنه / روايتان في جوازه وعدم جوازه ، وجه رواية عدم جوازه ، أنه غير منتفع به شرعا ، فلا يكون مالا كالخنزير ، ووجه رواية الجواز ، أنه ان لم يكن منتفعا به بذاته يمكن الانتفاع بجلده ، فكان بالنظر الى جلده مالا ، وجاز لذلك شراؤه ، والصحيح عدم الجواز ، لأنه لايشترى للانتفاع بجلده عادة ، بل للهو به ، وهو حرام ، فكان هذا بيع الحرام للحرام ، وانه لايجوز " ، وهذا واضح في أن النظر منصب على محل العقد ومشروعيته لا الى الباعث الا اذا كان جزءا من صيغة العقد

٢ ـ مذهب الامام الشافعي :

يأخذ الامام الشافعي ـ رحمه الله ـ بالنزعة الموضوعية ، فيذهب الى أن العقود والالتزامات لاتؤثر فيها البواعث النفسية الخفية فالسبب هو الايجاب والقبول ، وهما ظاهران ، وأهلية التعاقد لانزاع فيها ومحلية العقد قابلة له فلم يبق الا القصد المقرون بالعقد ـ أى الباعث ولا تأثير له في بطلان الاسباب الظاهرة (٢) لأن الباعث لايؤثر في اقتضاء السبب حكمه " .

---

(١) رد المختار : جـ ٥ ، ص ٣٥ ـ ٣٦ (٢) اعلام الموقعين جـ ٣ ص ١٧٢ ـ ١٧٣ .

تطبيقات على النزعة الموضوعية في الفقه الشافعي ، فيما يتعلق بفكرة الباعث يقول الامام الشافعي في كتابه الأم : " أصل ما اذهب اليه أن كل عقد كان صحيحا في الظاهر ، لم أبطله بتهمة ولا بعادة بين المتبايعين ، وأجزته بصحة الظاهر ، وأكره لهما النية اذا كانت النية لو أظهرت كانت تفسد البيع ، وكما أكره للرجل أن يشترى السيف على أن يقتل به ، ولا يحرم على بائعه أن يبيعه ممن يراه أنه يقتل به ظلما ، لأنه قد لايقتل به ، ولا أفسد عليه هذا البيع ، وكما أكره للرجل أن يبيع العنب ممن يراه أنه يعصره خمرا ، ولا أفسد عليه البيع اذا باعه اياه ، لأنه باعه حلالا ، وقد يمكن ألا يجعله خمرا أبدا ، وفي صاحب السيف ألا يقتل به أحدا أبدا ، ولو نكح رجل أمرأة عقدا صحيحا وهو ينوى ألا يمسكها الايوما أو أقل أو أكثر لم أفسد النكاح ، وانما أفسده أبدا بالعقد الفاسد " (١) .

وهكذا يفسر الامام الشافعي الشريعة تفسيرا ماديا على الظاهر لاعلى مابطن (٢) . ويقول في موضع آخر : " غير أنهما اذا عقدا النكاح مطلقا لاشرط فيه ، فالنكاح ثابت ولا تفسد النية من النكاح شيئا ، لأن النية حديث نفس ، وقد وضع عن الناس ما حدثوا به أنفسهم وقد ينوى الشيء ولا يفعله ، وينوى ويفعله ، فيكون الفعل حادثا غير النية ، وكذلك لو نكحها ونيته ونيتها ، أو نية أحدهما دون الآخر ، أن لايمسكها الا قدر مايصيبها ، فيحللها لزوجها ، ثبت النكاح ... مالم يقع النكاح بشرط يفسده (٣) . " وهذه النصوص تدل صراحة على

---

١) الام للشافعي ج ٣ ص ٦٥ .
٢) الشافعي للأستاذ الشيخ ابي زهرة : ص ٣١٧ ـ ٣١٨ .
٣) الام ج ٥ ص ٧١ .

تشدد الامام الشافعي في تمسكه بالظاهر " فهو لايحكم على العقود من حيث آثارها وأوصافها بحسب أغراض المتعاقدين ودوافعهما التي لاتذكر وقت العقد ، وان كانت بينة من أحوالهما " (١) فلا يعتد الا بصيغة العقد وما تضمنته عبارته ، ولا يلتفت الى القرائن وملابسات الاحوال ، ولو كانت تدل دلالة قوية على أنه اتخذه ذريعة لأمر محرم ، بل يحكم بصحة العقد ، وفي هذا يقول الامام الشافعي " يبطل حكم الاركان من الذرائع في البيوع وغيرها ، ويحكم بصحة العقد (٢) " .

٣ ـ مذهب الحنابلة :

يأخذ الحنابلة بالنزعة الذاتية ، فيعتد بالباعث غير المشروع ولو لم تتضمنه صيغة العقد ، فاذا تبين ذلك أبطل به العقد ، مادام قد اتخذ العقد وسيلة الى أمر غير مشروع ، لأن في تنفيذه اعانة على المعصية والعدوان ، وذلك منهي عنه بالنص .

ولا يشترط ـ لابطال التصرف في العقود ، اذا تبين أن الباعث عليه غير مشروع سوى علم الطرف الآخر بهذا الباعث ، ضمانا لاستقرار التعامل ويقول ابن القيم : " القصد روح العقد ، مصححة ومبطله ، فاعتبار القصور في العقود أولى من اعتبار الالفاظ ، فان الالفاظ مقصودة لغيرها ومقاصد العقود هي التي تراد لأجلها ، فاذا ألغيت ، واعتبرت الالفاظ التي لاتراد لنفسها ، كان هذا الغاء لما يجب اعتباره ، واعتبارا

---

١) الشافعي ص٣١٧ وما بعدها للاستاذ الشيخ أبي زهره .

٢) الأم : جـ ص٤٢ ـ و ٧ ص٢٦٨ و جـ ٦ ص ١٩٩ .

لما يجب الغاؤه (١) .

ويقول في موضع آخر مؤكدا اعمال البواعث في التصرفات، وان ذلك من قواعد الشريعة التي لايجوز هدمها .

" وقاعدة الشريعة التي لايجوز هدمها : أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبارات ، كما هي معتبرة في التقربات والعبادات فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالا أو حراما أو صحيحا أو فاسدا (٢) "

فكرة الباعث ترد قيدا على الارادة أو على التصرف الارادي محافظة على مقصود الشــــرع :

ومن أجل هذا ، كانت فكرة الباعث عند الذاتيين خصبة مثمرة ، تقيد الارادة في كل تصرف ، لتحافظ على مقصود الشرع .

ضابط الباعث :

على أن الباعث هو عامل نفسي ذاتي ، يختلف باختلاف الاشخاص وبما هو أمر خارج عن نطاق التعاقد ، لابد من ضابط له ، حتى لايكون سببا في تزعزع المعاملات وعدم استقرارها .

ولذا رأينا الفقهاء مختلفين في ضبطه ، فمنهم من اشترط أن يكون منصوصا عليه في صلب العقد ، وهم الشافعية والحنفية كما رأينا . ومنهم من لم يشترط ذلك ، بل اكتفى بعلم المتعاقد الآخر . أو بوجود قرائن يفترض معها هذا العلم ، وهذا هو مذهب الحنابلة والمالكية ، ومنهم

---

١) اعلام الموقعين : جـ ٣ ص ٨٢ .

٢) المرجع السابق ص ٨٤ .

من اكتفى بمظنة الباعث البعيدة ، فلم يشترط وجود الباعث غير المشروع في كل معاملة من المعاملات التي يكثر فيها هذا القصد ، اكتفاء بالكثرة دون غلبة الظن ، عملا بالاحتياط الذى يوجب اعتبار هذه الكثرة في مرتبة الامور الظنية الغالبة (١) كما قدمنا .

تطبيقات فكرة الباعث في المذهب الحنبلي

وجاء فـي كشـاف القنـــاع

" ولا — أى لايصح — بيع سلاح ونحوه في فتنة ، أو لأهل الحرب أو لقطاع طريق اذا علم البائع ذلك من مشتريه ، ولو بقرائن ، لقولــه تعالى : " ولا تعاونوا على الاثم والعدوان " ويصح بيع السلاح لأهل العدل ، لقتال البغاة ، وقتال قطاع الطريق ، لأن ذلك معونة علــى البر والتقوى (٢) .

وجاء فيه ايضا " ولا يصح بيع ماقصد به الحرام ، كعنب وعصير لمتخذهما خمرا ، وكذا زبيب ونحوه (٣) .

---

١) وهذا هو رأى الامام مالك ، توسعا منه في أعمال الباعــث غير المشروع ، باعتبار وجود مظنته البعيدة — الموافقـــات جـ ٢ ، ص ٣٦١ وما بعدها .

٢) كشاف القناع جـ ٣ ص ١٤٦ . أنظر كيف يجعل فقهاء الحنابلة من قوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان " قاعدة عامة تتقيد بها الحقوق سلبا — وايجابا ، كما يجعلونها قيدا يرد على العمومات ، تحريا لمقصد الشارع ، ويحتكمون اليها في خلافهم مع غيرهم من فقهاء المذاهب الأخرى .

٣) كشــاف القنــاع جـ ٣ ، ص ١٤٦ .

وفي المغني لابن قدامـــــه :

" وبيع العصير ممن يتخذه خمرا باطـل " .

" وجملة ذلك أن بيع العصير لمن يعلم يقينا أنه يتخذه خمرا حرام .
ولنا قول الله تعالى " ولا تعاونوا على الاثم والعدوان " وهـــذا
نهي يقتضي التحريم " والقرينة حالية .
وروى عن النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ انه لعن في الخمر عشـــرة
ولأنه يعقد عليها لمن يعلم أنه يريدها للمعصية ، فأشبه اجارة أمتـــه
لمن يعلم أنه يزني بها ، والآية (١) مخصوصة بصورة كثيرة ، فيخص
منها محل النزاع بدليلنا . وقولهم تم البيع بشروطه وأركانه ، قلنا :
ولكن وجد المانع منه " أى الباعث غير المشروع مانع ــ واذا اجتمـع
المقتضي والمانع قدم المانــــع . "

" اذا ثبت هذا ، فانما يحرم البيع ويبطل اذا علم البائع قصـــــد
المشترى ذلك ، اما بقوله ، واما بقرائن مختصة به تدل على ذلك (٢) .
فأما ان كان الأمر محتملا ، مثل أن يشتريها من لا يعلم حاله ، أو من
يعمل الخل والخمر معا ، ولم يلفظ بما يدل على ارادة الخمر ، فالبيع
جائز ، اذ لاقطع مع الاحتمال واذا ثبت التخمير فالبيع باطل ، وهكذا
الحكم في كل مايقصد به الحرام ، كبيع السلاح لأهل الحرب ، أو لقطاع
الطريق ، أو في الفتنة ، وبيع الامة للغناء ، أو اجارتها كذلك ، أو

---

(١) أى قوله تعالى : " واحل الله البيع وحرم الربا " وهي الآية التي تمسك بها أصحاب النزعة الموضوعية في تصحيح العقـد اذا لم يرد في صيغة العقد مايدل عليه .

(٢) المغني جـ٤ ص٢٢٣ لابن قدامة ــ راجع اعلام الموقعين جـ ٣ ص١٣٨ ــ ١٣٩ لابن قيم الجوزيه .

اجارة داره ليبيع الخمر فيها ، أو لتتخذ كنيسة أو بيت نار وأشباه ذلك ، فهذا حرام ، والعقد باطل لما قدمنا " .

وقد نص الامام أحمد على مسائل نبه بها على ذلك ، فقال في القصاب والخباز : " اذا علم من يشترى منه أيدعو عليه من يشرب السكر لايبيعه ومن يخترط الاقداح لايبيعها ممن يشرب فيها ، ونهى عن بيع الديباج للرجال ، ولابأس ببيعه للنساء ، وروى عنه " لايبيع الجوز من الصبيان للقمار " .

" وعلى قياسه البيض ، فيكون بيع ذلك كله باطلا (١) .

٤ ـ المذهب المالكي :

جاء في الموافقات للامام الشاطبي " انما الاعمال بالنيات ـ " والمقاصد معتبرة في التصرف من العبادات والعادات (٢) وأورد الادلة من الكتاب والسنة والمعقول على هذا الأصل .

ـ هذا والامام مالك يعمل الباعث غير المشروع في التصرف ، ولكن لايبطله اذا تبين الباعث بل يحول دون أثره كما يذهب الى اعتبار مايؤدى اليه التصرف من المحظور في الكثرة من الاحوال ، ولم يصل اداؤه الى المفسده في الغالب من الظن ، فضلا عن القطع ـ مظنة للباعث غير المشروع ، عملا بالاحتياط والتحرز عن الفساد ، لأن الشريعة قامت على الأخذ بالحزم والاحتياط (٣) .

١) المغني جـ ٤ ص ٢٢٣ لابن قدامة ، كشاف القناع ص ١٤٦ جـ ٣
٢) جـ ٢ ص ٣٢٤ . (٣) الموافقات جـ ٢ ص ٣٢٣ للشاطبي وراجع كتاب مالك ص ٤١٢ للأستاذ الشيخ أبي زهرة .

وبذلك يختلف الامام مالك عن الامام الشاطبي من حيث أن الاول يعتبر التصرف صحيحا ، ولكن يرى وجوب اخراج الملك من المشترى ، خلافـا للشاطبي الذى يرى بطلان التصرف .

تطبيقات فكرة الباعث في الفقه المالكي

جاء في التبصرة لابن فرحون في مسائل البيوع .

" ويمنع المسلمون من بيع آلة الحرب ، يعني من الحربيين ، والعنب لمن يعصره خمرا (١) " .

ويقول في مؤيد هذا المنع : " ويؤدب من يبيع آلات اللهو ، ويفسخ البيع ، ويكسر ويؤدب أهل ذلك (٢) .

غير أن الباعث غير المشروع اذا اقتضى المنع في مذهب المالكية ، لكـن يبدو أن العقد ينعقد ثم يفسخ ، درء للمفسدة ، كما جاء في النص السابق من التبصرة .

هذا ، وجاء في الحطاب : " بيع العنب لمن يعصره خمرا ، وبيع ثياب الحرير ممن يلبسها غير جائز " (٣) .

فهذا النص يقضي ببطلان الالتزام ، بينما النص السابق لايجيز استدامة آثاره ، لما يترتب عليه من مفاسد وآثام .

وجاء في المدونة : " وكذا بيع الخشبة لمن يستعملها صليبا ، وبيع العنب لمن يعصره خمرا على أحد قولين ، كما يحرم بيع السلاح لمن يعلم أنه يريد به قطع الطريق على المسلمين ، أو اثارة الفتنة بينهم ، كمـا لايجوز في مذهب مالك بيع الجارية المملوكة من قوم عاصين يتسامحـون

---

١) التبصرة جـ ٢ ص ١٤٧ لابن فرحون (٢) المرجع السابـق .

٣) شرح الحطاب جـ ٣ ص ٢٦٣ ـ ٢٦٤ .

في الفساد ، وعدم الغيرة ، وهم آكلون للحرام ، ويطعمونها منه (١)
وفي الشرح الكبير للدردير والدسوقي عليه :

" ويمنع بيع كل شيء علم أن المشترى قصد به أمرا لايجوز ، كبيع جارية لأهل الفساد وبيع أرض لتتخذ كنيسة أو خمارة ، وبيع خشبة لمن يصنعها صليبا ، وبيع العنب لمن يعصره خمرا ، والنحاس لمن يتخذه ناقوسا ، وكذا يمنع أن تباع آلة الحرب للحربيين ، كسلاح أو كراع وسرج وكل مايتقوون به في الحرب ، من نحاس أو خباء أو ماعون ، ويجبرون على اخراج ذلك من ملكهم ، ولا يفسخ البيع " .

وقال ابن رشد : " والخلاف في هذا مقيد بما اذا علم البائع أن المشترى يفعل ذلك ، أما اذا لم يعلم ، ثم ظهر أنه يفعل ذلك ، فان البيع لايفسخ بلا خلاف ، ولكن يجبر المشترى على اخراجه من ملكه ببيع ونحوه " .

يستخلص من هذه النصوص فيما يتعلق بأعمال الباعث غير المشروع في المعاوضات عند المالكية وجهتان من النظر :

الاولى : ان العقد لاينعقد بتأثير الباعث غير المشروع اذا علم من الطرف الآخر كما جاء في الخطاب .

الثانية : أن العقد ينعقد ، ولكنه واجب الفسخ ، اذا لم يعلم البائع بقصد المشترى ، بل يجبر هذا على اخراجه من ملكه ، فآراء الفقهاء في هذا المذهب تتردد بين الأخذ بالنزعة الموضوعية والذاتية ، ولكنا نرجح أن المذهب المالكي أميل الى الأخذ بالنظرية الذاتية لما يلي :

---

١) جـ ٤ ص ٢٥٣ و ٢٥٤ .

أولا : ان المحققين من أصوليي المذهب المالكي ، قد حملوا لـــواء النزعـة الذاتية وأفاضوا القول فيها ، وأقاموا الادلة على أصالة هذا — المبدأ في الشريعة ، وهو الذى يتفق ومقاصدها الأساسية ، ولم يقصروا أثر البواعث على العبادات ، بل برهنوا على شمول الأثر للعادات والمعاملات وأوجبوا — ليكون التصرف سليما نافذا — ان يكون قصد المكلف في العمل موافقا لقصد الله في التشريع ، ويقصد هنا مايشمل الباعث .

يرشدنا الى هذا ، اقامتهم الادلة على ابطال نكاح التحليل ، الى جانب اقامتهم الحجج على ابطال بيوع الآجال التي يقصد بها تحقيـــق الربا ، كما في بيع العينة ، وبينوا مناقضة قصد المكلف لقصد الشارع في التحايل على اسقاط الزكاة عن طريق الهبة قرب نهاية الحول ، وعلى هذا ، فقد شمل اعمال الباعث غير المشروع نكاح التحليل ، وعقـــود المعاوضات والتبرعات على سواء (١) .

ثانيا : ان المذهب المالكي ، هو أكثر المذاهب الفقهية توسعا فـــي تطبيق مبدأ الذرائع (٢) وهو مبدأ يتجه اتجاهين :

الاول : اتجاه الى الباعث على التصرف .

ثانيا : اتجاه الى مآل التصرف .

فكيف يتفق القول بأنه مذهب موضوعي النزعة ، مع اعتباره مبدأ ســـد الذرائع أصلا هاما لاستنباط الاحكام في فقهه ، حتى صار يعرف بفقهــه .

---

(١) الموافقات : جـ ٢ ص ٣٢٣ ، وص ٣٣١ وص ٣٣٣ وما بعدها .

(٢) الموافقات جـ ٤ ص ٢٠٠ وما بعدها ، على ان الامام الشاطبي لايجعل التحيل من الذرائع بل يجعل التحيل قسما خاصا مما يدل على تأصل النزعة الذاتية في أصول مذهب المالكية .

ثالثا : قال الامام مالك : بتوريث كل مبانة في مرض الموت ، ولو لم يتبين له الباعث غير المشروع في كل حادثة على حدة ، وهو حرمانها من الارث ، اكتفاء بهذه المظنة ، وهي مرض الموت اعداما لهذا التصرف في ذاته في هذا الظرف ، سدا للذريعة ، واحتياطا لدرء المفسدة ، وتطبيقا لنظرية التعسف في أوسع مدى ، بناء على القصد الكلي من اعتبار المصالح في الأحكام .

نكسرة الباعث وضابطه في التبرعات

اتفق الفقهاء على أن عبارة المتبرع اذا تضمنت مايدل على أن الباعث عليه أمر محظور ، لاينشأ الالتزام ، لأنه التزام محرم ، وكل محرم باطل . فالوصية بالمحظور كالوصية بمال يشترى به خمرا ، أو للنواح ، أو كالوصية لمعابد الوثنيين (١) باطلة ، لأن هذا الالتزام الانفرادى تمحض شرا ، فيكون باطلا .

أما اذا لم تتضمنه العبارة ، فيجرى فيه الخلاف الذى جرى في عقود المعاوضات على مابينا آنفا .

غير أنه فيما يتعلق بضابط الباعث غير المشروع في التبرعات ، لايشترط فيه وجوب علم الطرف الآخر ، كما في العقود ذات الطرفين ، بل لايتصور اشتراطه ، لأن التبرع التزام انفرادى من طرف واحد ، وليس له طرف آخر تتوقف نشأته عليه ، وليس مكلفا باداء التزام مقابل .

ومن ذلك أيضا ، وصية الضرار ، فاذا تبين أن الموصي يقصد بوصيته الاضرار بورثته ، بطلت وصيته ، لأن الاضرار بالورثة أمر محرم محظور .

---

(١) المغني : جـ ٢ ص ٣٣١ .

نظرية العقد في الفقه الاسلامي

تمهيد :

ان الباحث في الفقه الاسلامي القديم ، يجد أن العقود المسماة كالبيع ، والاجارة ، والاعارة ، والرهن ، قد بحثت نظما وأحكاما فرعية ، فكل عقد فصلت أحكامه على حدة ، ولا تجد فيه بحثا يتناول " الأحكام العامة " التي تشمل هذه العقود جملة ، مما يطلق عليه اليوم ، " نظرية العقد " .

غير أن هذا لايعني أن الفقهاء القدامى لم يتجهوا الى تأصيل "الكليات" بل على العكس من ذلك ، وجدنا فريقا منهم ، يولي هذه " الكليات" اهتماما بالغا وعناية كبرى تركت آثارها في مصنفاتهم التي تتسم بالدقة والسعة والعمق والشمول ، من مثل كتب " القواعد " (١) .

غير أن هذه " القواعد " لم تبلغ مستوى ، " النظريات العامة " على الرغم مما تنطوي عليه من قيمة علمية قيمة ، بما هي مبان لأحكام العقد وأصول تفسيرها .

وعلى الرغم من أن الفقهاء القدامى لم يتناولوا بالبحث " النظريات العامة " ، بما كانوا يتناولون الفقه مسألة مسألة ، ويحتكمون الى منطق العدل في التشريع في حكم كل منها على حدة ، اعتقادا منهم بأن تحكيم " المفاهيم الكبرى " في انتاج الحلول لهذه المسائل

---

(١) من ذلك كتاب الأشباه والنظائر ـ للسيوطي ـ ولابن نجيم وكتاب " القواعد " لابن رجب الحنبلي ،وقواعد الاحكام ،لابن عبد السلام ، والفروق للقرافي .

فاذا ماصدرت وصية مثلا ، وجب البحث عن الباعث الذى دفع الموصي الى الايصاء وذلك بالنظر فيما اشترطه ، وما صدر عنه أقوال ، وما احتف بالتصرف من قرائن ، فاذا تبين أن الباعث مناف لقصد الشرع ، كانت الوصية باطلة ، واذا كثرت البواعث فالمعوّل عليه هو الباعث الرئيسي .

وكذلك هبة المال قرب نهاية الحول ، لاسقاط الزكاة (١) ، لأن الباعث عليها مناقض لقصد الشارع .

ومع ذلك ، اذا كان التبرع موجّها الى شخص معلوم ، لزم أن يكون بحيث يستطيع أن يعلم بـذلك الباعث ، وان لم يكن عالما به فعلا (٢) ، كما في اهداء المقترض الى المقرض اذا لم تجر له بذلك العادة .

هذا ، وقد رأينا أن الفقه الاسلامي يكتفي في اعمال الباعث غير المشروع في بطلان عقود المعاوضات بمجرد العلم أو افتراضه أو مظنته البعيدة ، فكان بذلك أكثر خصوبة ، وأوسع مجالا في تطبيق فكرة الباعث التي هي بدورها تطبيق لنظرية التعسف في معظم جوانبها .

أما فيما يتعلق بالباعث في التبرعات ، فلا يشترط علم الطرف الآخر ، لأن الالتزام ينشأ بارادة منفردة ، ولا يتوقف في نشأته على ارادة طرف آخر ومع ذلك اذا كان موجها الى شخص معلوم ، لزم أن يكون ذلك الشخص بحيث يستطيع أن يعلم بـه .

---

١) المرجع السابق ص ٣٨٥ ـ ٣٨٦

٢) التصرف الانفرادى ص ١١١ للاستاذ الشيخ علي الخفيف .

المتجددة قد يجافي منطق العدل أحيانا ، أقول على الرغم من ذلك كله ، فانه من الممكن استخلاص " أحكام عامة " لجميع العقود من هذا الفقه الغربي الغني ، وهذا ما وقع فعلا في بحوث بعض المحدثين والمعاصرين .

أضف الى ذلك ، ان من الفقهاء القدامى من أشار الى بعض (معايير) نظرية العقد في مقدمة بحث " البيوع " (١) .

أهمية نظرية العقد :

ان بحث نظرية العقد من الأهمية بمكان ، ذلك ، لأن على أحكامها تدور معظم " المعاملات " في الشريعة الاسلامية بل وفي كل تشريع ، لذا كانت متشعبة الاطراف ، تقصر هذه الدراسة المقررة عن استيعابها تفصيلا ، من أجل ذلك سنقصر بحثنا على الأحكام الاساسية لهذه النظرية .

المبحث الأول

في التعريف بالعقد

تعريف العقد فقها :

لم يتفق الفقهاء المسلمون على اطلاق لفظ " العقد " (٢) على مفهوم موحد .

---

١) فتح القدير : ج ٥ ، ص ٧٤ وما يليها ، للكمال بن الهمام
بدائع الصنائع ، ج ٥ ص ١٣٣ وما يليها ، للكاساني ،

فجمهور الفقهاء يطلق " العقد " ويريد به كل ماينتج التزامـــا شرعيا ،سواء أكان هذا " الالتزام " ناشئا عن اتفاق بين طرفين ٠ أم كان نتيجة لارادة الشخص الواحد ،وعزمه المبرم علــى انشاء التزام شرعي معين يلزم به نفسه ،كالوقف والوصية واليمين ٠

وعلى هذا شمل " العقد " ماهو أعم من اتفاق ارادتين ، مـــن التصرف الانفرادى الذى ينشئ التزاما يخص المتصرف نفسه وحده ٠

== تبين الحقائق ـ باب البيوع ،للزيلعي ،المغني جـ ٣،ص٥٠٣ ومايليها ،لابن قدامه ،ابن عابدين ،ج ٤ ـ ٩ ـ ١٠ ٠ الفتاوى الهندية ج ٣ ،ص٤ وما يليها ،الهداية ،جـ ٣ ص١٦ ومابعدها للمرغيناني

(٢) العقد لغة الربط بين أطراف الشيء حسيا ،يقال عقدت الحبل أى ربطت بين طرفيه ٠

ويطلق أيضا على الاحكام ـ بكسر الهمزة ـ أى التقوية المعنويـــة أو الربط المعنوى فضلا عن التقوية المادية ـ من ذلك " عقـــدة اليمين " أى توثيقها ،وعزم الحالف على الالتزام بمقتضاها ايجادا أو تركا ،ومنه قوله تعالى : " ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان " ٠

ـ ومنه أيضا توثيق الكلام بين طرفين :

ـ راجع القاموس المحيط : جـ ١ ،ص ٣١٥

ـ المصباح المنير : ص ٥٧٥

وهـذا هو العقد بالمعنى العام .

غير أن الدقة في تفصيل الأحكام توجب التمييز بين "العقد" بالمعنى الخاص و" التصرف الانفرادى " أو مايطلق عليه في القانون" الارادة المنفردة (١) .

تعريف العقد بالمعنى الخاص :

عرف بعض الفقهاء العقد بأنه : " تعلق كلام أحد المتعاقدين بالآخر شرعا ، على وجه يظهر أثره في محله (٢) " .

---

١) ومن هنا سميت " اليمين " على فعل أمر في المستقبل " عقدا " عند الفقهاء ، لأن الحالف يلزم نفسه به ـ احكام القرآن ،جـ٢ ، ص ١٩٤ ـ للجصاص .

ـ هذا ، وأكثر مانرى اطلاق العقد بالمعنى العام ، فـي الفقه المالكي ، والشافعي ، والحنبلي ، وأقل منه في كتب الحنفية

ـ والعقد بالمعنى العام قريب من المعنى اللغوى .

كتاب العقود : ص١٨ ،ص ٢٨ ،لابن تيمية .

٢) فتح القدير : ج ٥ ص ٧٤ وما يليها ،وانظر شرح العناية أيضا . وفي تعريفات الجرجاني : " العقد ربط اجزاء التصرف بالايجاب والقبول شرعا " . وفي البحر الرائق : " العقد شرعا ربط القبول بالايجاب، جـ٥ ، ص٢٦٢ . على أن تعريف" العقد " جاء في المجلة ـ في المادة ١٠٤ . وأغلب الظن أنه منقول عن شرح العناية المشار اليه، ونصه كما يلي : " الانعقاد تعلق كل من الايجاب والقبول بالآخر، على وجه مشروع ، يظهر أثره في متعلقهما " والمتعلق ـ بفتح اللام المشددة " هو" محل العقد " أو المعقود عليه الذي يقصد العقد لأجله .

ـ وهذا التعريف لايشمل الا "العقد " بالمعنى الخاص، أي ماكان بين طرفين وهو ما أوضحته المادة ١٠٣ من المجلة أيضا .

<u>تحليل هذا التعريف :</u>

تعلق كلام أحد المتعاقدين بالاخر شرعا :

التعلق هو الارتباط الاعتبارى أو الحكمي •

وارتباط كلام أحد المتعاقدين بالاخر هو ارتباط الايجاب بالقبول (الصيغة) والارتباط هو الانعقاد •

ولكن يوءخذ على هذا التعريف ،أنه قصر الصيغة المنشئة للعقد على " الكلام " في حين ان " الصيغة " قد تكون بغيره من وسائل التعبير عن الارادة من الكتابة أو الاشارة ، أو المبادلة الفعلية الدالة على التراضي " كالتعاطي " فالتعريف غير جامع كما ترى •

غير انه يمكن أن يقال : أن التعريف قد نص على ماهو الأصل في عنصر التعبير عن الارادة الباطنة ،أو الاكثر وقوعا ،ولهذا نرى أن يضاف الى التعريف عبارة : " أو مايقوم مقامه " (١)

= حيث تنص على أن العقد " التزام المتعاقدين ،وتعهدهما ، أمرا ،هو عبارة عن ارتباط الايجاب بالقبول " •

١) الراجح أن " العقد " ينعقد بكل مايدل على الارادة الباطنة مادامت الاداة بينة مفصحة معهودة ،وسيأتي خلاف المذاهب في " الصيغة " فمنهم من لايجيز الانعقاد الا بصيغة قولية مادام المتعاقد قادرا عليها ،ولايجيز اللجوء الى الكتابة ، مع القدرة على القول ،وكان المتعاقدان حاضرين ، ومن باب أولى ألا يجيز الاشارة الا عند الضرورة ،بان كان احد المتعاقدين اخرس ،أو معتقل اللسان •• أما البيع بالتعاطى " فلا يجوز في نظر بعض المذاهب الا في السلع القليلة الثمن دون الغالية أو النفيسة خلافا لبعض المذاهب الذى يجيزه في قليل الثمن وغاليه وسيأتي تفصيل ذلك •

والتعريف اذ يجعل جوهر العقد " ارتباط ايجاب (١) أحد المتعاقدين بقبول الآخر ، يخرج التصرف القولي الانفرادى الذى ينشيء التزاما على صاحبه وحده ، لأنه يتم بارادته المنفردة دون توقف على ارادة آخر ، كالوقف على جهة برّ مثلا ، حقيقة الايجاب والقبول في فقه المذاهب هذا ، والايجاب في فقه الحنفية هو : " مايصدر أولا (٢) من أحد

---

١) والايجاب لغة هو الاثبات ، من أوجب على نفسه أى أثبت وألزم وهذا هو معنى الالتزام .

— وهذا المعنى اللغوى لايبعد عن المعنى الفقهي ، لأن الموجب يثبت على نفسه مضمون قوله ، ويلتزم به ، اذا انضم قبول الآخر الى ايجابه هذا ، وكان موافقا له .

— والقبول لغة بمعنى التصديق والموافقة والرضا والاقرار والرغبة بمضمون الايجاب السابق ، بجميع عناصره ، ورضاه هذا هو أساس التزامه في مقابل التزام الاول ، اذا استوفى شرائطه .

— فالمعنى اللغوى لايبعد عن المعنى الفقهي كما ترى .

٢) فتح القدير : جـ ٢ ، ص ٢٤٤ — للكمال بن الهمام — الفروق ج ٢ ، الفرق الثالث للقرافي .

— اما الشافعية ومن معهم فيرون أن " الايجاب " هو مايدل على "التمليك" سواء صدر متأخرا أم متقدما ، والقبول هو مادل على "التملك" ولو صدر أولا ، على ماسيأتي تفصيله .

— نهاية المحتاج : جـ ٢ ، ص ٢٧ ، للرملي .

طرفي العقد معبرا به عن ارادته الجازمة سواء كان " المملك " أم "المتملك"
ذلك لأن الحنفية يرون أنه لايتصور أن يكون متقدما ، لأن مايتقدم هـو
الايجاب ، سواء أكان صادرا من المشتري ، أم من البائع ، في عقد البيع
مثلا ، أم كان صادرا من الزوجة أم من الزوج في عقد الزواج ، وهكذا .
وأيضا لايتصور تعاصر الايجاب والقبول ، بل لابد من تعاقبهما ، حتى
لو تعاصرا لم ينعقد العقد (٢) .
والقبول " ماصدر ثانيا (٣) من الطرف الآخر ، معبرا عن ارادته الجازمة (٤)
أيضا في الموافقة على جميع ماتضمنه الايجاب من عناصر ، لتتم المطابقة
بينهما . وهذا الارتباط الحكمي هو "الانعقاد" ، غير أن هذا الارتباط
لايعتبر قائما الا اذا كان على وجه مشروع (٥) ويتحقق الارتباط شرعا بما يأتي

---

(١) البحر الرائق : جـ ٥ ص ٢٦٢ .

(٢) المرجع السابق ، مجمع الأنهر ، جـ٢ ، ص٤

(٣) المراجع السابقة ـ وراجع ايضا فتح القدير جـ ٥ ، ص٧٤ للكمال بن الهمـام .

(٤) التعبير بالارادة الجازمة هنا ، لنفي التردد ، والوعد في المستقبل ، أو التعليق الحقيقي على شرط في المستقبل ، على خطر الوجود والعدم ، أو بالاحرى ، لاخراج مالايفيد انشاء العقد في الحال جزما .
وقد أشرنا الى عبارة ابن تيمية التي لخص فيها مبدأ التعاقد المشروع المنتج آثاره بقوله : "لابد في العقد من رضا المتعاقدين وموافقة الشرع" . ـ الفتاوى : جـ ٣ ص ٣٢٩ . ـ وقد شرحنا هذا المبدأ في مؤلفنا "الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده" ص٤٣٣ وما يليها .

أولا : أن يكون " العقد " مستوفيا مقوماته (١) من الأركان ، وشروط الانعقاد ، وكذلك شروط الصحة ، خلافا للحنفية (٢) .

ثانيا : ان يكون سببه مشروعا ، بمعنى أن " الباعث " على التعاقد يجب أن يكون مشروعا أيضا ، حتى لايتخذ " العقد " أو التصرف المشروع في ذاته ، وسيلة لتحقيق غرض غير مشروع ، يهدم مقاصد التشريع .

— فاذا ثبت " التذرع " بالعقد لتحقيق غرض غير مشروع ، ولو في الغالب من الظن بطل العقد ، وأصبح معدوما في نظر الشارع ، لا أثر له ، على الرغم من استيفائه لصورة العقد أو التصرف المشروع ، لأن المعدوم شرعا كالمعدوم حسا ، وهذا بالاجماع ، وانما الخلاف في تحقيق مناط التذرع (٤) .

---

١) المقومات أعم من الأركان ، لأن " الركن " ماكان جزءا من ماهيته الشيء ، ومكوناته الذاتية ، بحيث توجد الماهية بوجوده ، وتنتفي بانتفائه . — أما المقوم فيشمل الى ذلك الشرط ، الذى يتوقف الشيء على وجوده ، ولكنه خارج عن ماهيته .

٢) اذا أختل شرط الصحة فالعقد منعقد عند الحنفية ولكنه فاسد يستحق الفسخ .

٣) يقصد بالباعث : الدافع النفسي الذى يحرك ارادة المنشيء — للتصرف ، ويوجهها الى تحقيق غرض غير مباشر ، فضلا عن الغرض المباشر للتصرف ، وهو مايسمى " الغرض المصلحي " . هذا والغرض غير المباشر ، قد يكون مشروعا ، وقد لايكون فان كان غير مشروع ، باتخاذه ذريعة الى ذلك ، تحيلا على مقاصد الشريعة ، لهضم حق أو هدم واجب وسبب البطلان هنا مناقضة أو مضادة قصد المتصرف لقصد الشارع في التشريع . — راجع مؤلفنا : الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ، ص ٤٣٣ ، وما يليها ، وهو الكتاب الذى نال درجة الامتياز بدرجة الشرف الاولى .

٤) سيأتي بحث ذلك في نظرية الباعث .

وذلك من مثل : " بيع العنب ممن يعتقد أنه يعصره خمرا ، او بيع السلاح من البغاة أو أهل الفتنة ، لما في ذلك من تعاون على الاثم والعدوان (١) . وهذا الاصل المعنوى العام ، قد حققه وأصله الأئمة المحققون ، من مثل الامام الشاطبي في كتابه الموافقات في أصول الشريعة في موضوعات عدة ، والامام ابن تيمية وتلميذه ابن قيم الجوزية وغيرهم من الحنابلة .

ويقول الامام الشاطبي في هذا الصدد " قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقا لقصد الله في التشريع (٢) .

---

١) هذا الاصل متفق عليه ، غير أن الخلاف في شروط اعمال هذا الأصل أو بعبارة أخرى في تحقيق المناط " أي بم يثبت ويتحقق التذرع والتحيل ـ الموافقات ـ جـ ٤ ، ص ١٩٦ .

ـ فذهب بعضهم الى أنه يجب أن يثبت التذرع أو " الباعث " بالقول الصريح بأن يكون منصوصا عليه في صلب العقد ، أو مستخلصا من محل العقد ، أي يجب أن يستخلص اثبات الدافع النفسي قضاء ، من العقد نفسه ، ولا يتعدى نطاقه فلا يجنح الى الاثبات عن طريق عناصر أخرى خارجة عن نطاق العقد ، كالقرائن والملابسات ، للحيلولة دون تحكم القضاء . وهذا هو مذهب الحنفية وقريب منه مذهب الشافعية ، وهو مذهب موضوعي في تفسير العقد وتفسير النصوص عامة " خلافا للحنابلة الذين ـ يأخذون بالقرائن أيضا ، وهذه نزعة ذاتية ، كما ترى وعلى هذا ، فالمبدا متفق عليه وانما الخلاف في التطبيق . ـ المرجع السابق .

٢) الموافقات : جـ ٢ ص ٣٣١ ، للامام الشاطبي .

ثم يوضح ، أن سبب بطلان العقد بالباعث غير المشروع هــو مناقضة ومضادة قصد المكلف في التصرف والعمل والتطبيق لقصد اللــه في التشريع ، اذ يقول : " من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ماشرعت له ، فقد ناقض الشريعة ، ومن ناقضها ، فعمله في المناقضة باطل ،فما يؤدي اليها (١) باطل (٢) .

ويقول أيضا : " القصد غير الشرعي هادم للقصد الشرعي .

ـ ويفرق الامام الشاطبي بين صورة التصرف ،والباعث أو القصد الــذي يدفع اليه ، ويطلق على الأول " الظاهر " وعلى الثاني "الباطن " ويرى أنه لابد أن يكون الظاهر والباطن مشروعين حتى يحكم بكــون العقد أو التصرف قد تم على وجه مشروع ، صورة ومعنى ، أو شكلا ومصلحة اذ يقول : " لما ثبت أن الأحكام شرعت لمصالح العباد ، كانت ـ الأعمال (٣) .

١) أي الوسيلة التي تذرع بها المكلف ، وهو العقد أو التصرف الصحيح في ظاهره .

٢) المرجع السابق ، جـ ٢ ، ص ٣٣٣ .

ـ وتحقيق " الباعث " غير المشروع هو من قبيل مايطلق عليه الامام الشاطبي " التحايل " ويعرفه بأنه " تقديم عمل ظاهــر الجواز ، لابطال حكم شرعي ، وتحويله في الظاهر الى حكــم آخر " ثم يقول " فمآل العمل فيها ـ الحيلة ـ خرم قواعــد الشريعة " أي هدمها بتحليل محــرم أو اسقاط واجــب .

ـ المرجع السابق ،جـ ٤ ، ص ٢٠١ .

٣) التصرفــــــــات .

معتبرة (١) بذلك ، لأنه مقصود الشارع فيها كما تبين ، فاذا كان الامر في ظاهره وباطنه على أصل المشروعية (٢) ، فلا اشكال ، وان كان الظاهر موافقا (٣) ، والمصلحة مخالفة (٤) ، فالعمل غير صحيح وغير مشروع (٥) .

وهذا عين ماأكده الامام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم (٦) ، اذ يقول الاول لابد في صحة التصرف من رضا المتصرف

---

١) أى صحة وفسادا تبعا لمشروعية المصلحة المتوخاة ، أوعدم مشروعيتها حتى لاتتناقض مصلحة المكلف ومقصد الشارع أو الغاية التي شرع التصرف من أجل تحقيقها ، لأن الشارع قد وضع الحكم والحكمة مقترنين ، ـ فالحكم وسيلة ، والحكمة هي الهدف فينبغي الا تتناقض الوسيلة وما شرعت له من حكمة تشريع ، اذ لاعبرة بالوسيلة اذا تقاعدت عن تحصيل مقصدها ، أو اتخذت لتحقيق مصلحة أخرى غير مشروعة لأن هذا هدم لمقاصد التشريع وهي المقاصد التي تمثل " المصالح الحقيقية " للمجتمع الانساني ، لانها أصول العدل وموجهاته.
ـ الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ، ص ١٠٠ ، للمؤلف .

٢) فالتصرف صحيح مشروع ملتج آثاره .

٣) بأن كان التصرف مستكملا كيانه من الأركان والشروط من حيث الصورة والشكل .

٤) والغرض غير مشروع .

٥) الموافقات : جـ ٢ ، ص ٢٨٥ .
ـ وراجع أيضا " أصول التشريع " ص ٢٨٧ وما يليها للمؤلف.
ـ والمناهج الأصولية بالرأى ، ص ٦٧٦ للمؤلف .
ـ والحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ، ص ٩٠ ـ ص ١٠١ للمؤلف .

٦) وهما يمثلان تطورا في الاجتهاد على أصول الفقه الحنبلي في المعاملات بوجه خاص وهو اجتهاد يتفق وروح التشريع الاسلامي ومقاصده.

وموافقــة الشــــــرع (١) ·

— ويقول الامام ابن قيم الجوزيه : " القصد روح العقد ، مصححـه ومبطله (٢) والخلاصة أن القيد الوارد في التعريف : " على وجـــــه

---

١) الفتاوى ، جـ ٣ ص ٣٢ ، وص ٤٠ ·

وهي عبارة عامة ، تشمل — فيما تشمل — الباعث وأثره على صحة التصرف ، من حيث أن مشروعية الباعث ، تعتبر أصلا قطعيـــا معنويا عاما ، ثابتا بالاستقراء ، ولا خلاف فيه ، فكان مــــن عناصر النظام الشرعي العام ، لأنه من مقومات العدل وموجهاتـــه في التشريع ، والتطبيق ، والتصرف ·

— كتاب مالك : ص ٤١ للشيخ أبي زهـــره ·

— كشاف القناع ، جـ ٣ ، ص ١٤٦ ·

— المغني : جـ ٤ ص ٢٢٣ ، لابن قدامه ·

— جامع العلوم والحكم ، ص ١٨ لابن رجب الحنبلي ·

٢) اعلام الموقعين : جـ ٣ ص ٢٤٠ وما يـليها ·

— وراجع أيضا شروح القاعدة الفقهية التي تقضي أن " الامور بمقاصدها " مادة ٣ مجلة الأحكام العدلية ·

— وراجع شرح هذه القاعدة أيضا في كتابنا : "الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ، ص ٤١٥ ، ص ٤٣٢ ·

— وبعد هذا التحقيق في هذا الأصل القطعي المعنوى العام الثابت بالاستقراء وتاصيل المحققين من الأصوليين والفقهاء لــه ، نرى بعض الكاتبين المحدثين ، يزعم أن لا وجود لهذا الأصل فــي التشريع الاسلامي ولا أثر له ، اذ يقول : "الواقع أن الدافع أو الباعث · لم يعتبر ابدا عند الفقهاء ، حتى انهم قالوا : "ان البيع يصح ولو أن الغرض الذى سيستعمل فيه المبيع غير مشروع ·

مشروع " أى " صورة ومعنى " أو مقصدا مباشرا ،وغير مباشر فينبغي أن يكون على وفق مقصد المشرع في التشريع ،والا فلا يتم " الارتباط " أو الانعقاد شرعا (١) .

تحقيق معنى " الاثر " في تعريف العقد .

والمراد " بالاثر " حكم العقد الاصلي ،أو غايته النوعية (٢) ، بالاضافة الى الاثار الاخرى التي يطلق عليها " حقوق العقد " .

وهذه الاثار الاخرى التي تسمى " حقوق العقد " هي عبارة عن الالتزامات المتبادلة بين طرفيه .

ومحل العقد ،هو " المعقود عليه " وهو يختلف باختلاف طبيعة على ماسيأتي تفصيله .

والواقع إن الارتباط المعتبر شرعا ،يترك أثره في المعقود عليه، فينقله من حال الى حال أخرى جديدة حتى اذا كان العقد لايفيد شيئا جديدا لم ينعقد ،اذ لا أثر له في المعقود عليه ،فلم ينقله من حال الى

= وهذا قول يحوز التحقيق على النحو الذى رأيت .
راجع النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية ف ٤٨ للدكتور شفيق شحاته .

١) ـ ثمة شروط لاعمال الباعث ،لايتسع المقام لايرادها وشرحها وتحليلها ،وأشرنا آنفا الى ان الخلاف في هذه الشروط ، لا في الاصل العام ،أو المبدأ ،كما أشرنا .

٢) الغاية النوعية أو الحكم الاصلي لعقد البيع مثلا ،انتقال ملكية المبيع الى المشترى ،أما حق البائع في الثمن فهو من حقوق العقد وليس حكمه الاصلي

حال أخــرى ، بأن تعاقد زوج مع زوجته على أن ترعى أولاده منها وتقوم بتربيتهم لقاء أجر معين ، فالعقد لاينعقد ، لأنه لم يفد شيئا جديدا فهذا الواجب مقرر بمقتضى عقد الزواج قبل هذا التعاقد ، فلم ينقــل محل العقد من حال الى حال أخرى ، بل بقي الواجب كما كان قبــل التعاقد ، فالعقد اذ غير منعقد ، وكل عقد غير مفيد باطل .

ـ أو كان مفيدا فائدة غير مشروعة ، بأن كان محل العقد غير مشروع كمن يتعاقد مع شخص على سرقة مال ، أو قتل شخص ، أو اتلاف زرعــه فلا يتم الارتباط لعدم مشروعية محله ، واذا لم يحصل الارتباط شرعــا فلا يتصور أن يكون له أثر لأنه باطل ، والباطل معدوم شرعا .

هذا ، وتعريف الفقه الاسلامي للعقد ، بأنه ارتباط ايجاب بقبــول أو مايقوم مقامها من أدوات التعبير المادية ، وتصوير أثر العقد أو حكمه بأنه تغيير المعقود عليه من حــال الى حــال ، ينبىء عن النزعة الموضوعية المادية الغالبة بخلاف القانون الذى عرف العقد بأنه " اتفاق " ارادتين وهما عنصران نفسيان ، ينشئان التزامات متبادلة على عاتق طرفيه ، فالنزعة الذاتية واضحة ، اذ اعتداده بالارادة الباطنة وأثرها في انشاء الالتزامات الشخصية بينة في التعريف .

ـ مصادر الحق ـ جـ ١ ص ٧٧

ـ فالمبيع مثلا ، ينقــل من ملكية البائع ، الى ملكية المشترى ، تلقائيا بقوة الشرع وحكمه ، وبذلك تحــول المبيع نفســه من حال الى حــال ، والمبيع عنصر موضوعي . وما يقال في المبيع ، يقال في الثمن أيضا . وكذلك القول في كل عقد تبادلــي .

هذا ومحــل العقد هو الذى يقصد بالعقد أصالـــــة .

والعقد اذا تم انعقاده شرعا ، يثبت أثره أو حكمه الاصلي في المعقود عليه ، فضلا عن سائر آثاره المترتبة عليه ، وهي الحقوق والالتزامات الأخرى المتبادلة بين طرفيه .

ومن هنا ، وجب التمييز بين المفاهيم الآتية :

١ — الارتباط الاعتبارى المشروع ، هو الانعقاد ، ويكون بين طرفي العقد في موضوع العقد وأثره .

— والارتباط نتيجة تلاقي وتطابق الايجاب والقبول على وجه مشروع .

٢ — ومحل العقد هو " المعقود عليه " الذى يقصد بالعقد أصالة كالمبيع في عقد البيع ، ومنافع المأجور في عقد الاجارة ، والعين المرهونة في عقد الرهن .

٣ — وموضوع العقد هو الغاية النوعية لذلك العقد ، فاذا ثبتت بتقدير حصول الارتباط الحكمي المشروع ، كانت " أثرا " للعقد ، فيثبت حق احتباس المرهون للدائن أثرا أصليا للعقد ، ويثبت انتقال الملكية الى المشترى بقوة الشرع أثرا أصليا لعقد البيع .

فالموضوع ، والأثر ، والغاية النوعية للعقد وحكمه الأصلي بمعنى واحد (١)

---

(١) القانون المدني السورى : ص ٢٠ — ٢١ للاستاذ الزرقا .
فنقل ملكية المبيع في عقد البيع ، غاية نوعية لهذا العقد ، أما في حالة التفاوض والمساومة فيطلق عليه " موضوع العقد " وبعد أن يتم الارتباط المشروع للعقد ، أثرا (يكون حكما أصليا له ، وهو حق المشترى الذى ثبت له بمقتضى العقد .
— أما احكام العقد الاخرى ، فتسمى حقوق العقد ، من مثل : وجوب الثمن ، ووجوب تسليم المبيع ، وحق الرد بالعيب وغير ذلك فهى احكام أو التزامات تثبت لا على وجه الاصالة ، بل تبعا .

وعلى هذا ، فينبغي عدم التخليط بين موضوع العقد ، والمعقود عليه أو محل العقد .

هذا - والعقود الناقلة للملكية من قبيل العقود المنشئة للحق ، على الرغم من أن نقل الملكية يتم بقوة الشرع وحكمه (١) .

بمعنى أن المشترى قد نشأ له حق جديد بعد أن لم يكن .

أما بالنسبة للمعقود عليه ، فالملكية ثابتة له في الحالين ، ولا جديد وغاية ما في الأمر ، أن المالك قد تبدل .

معنى كون الفقه الاسلامي ذا نزعة موضوعية يأخذ بالارادة الظاهرة :

الارادة الظاهرة تعني " الصيغة القولية ، أو مايقوم مقامها .

فكل لفظ تتمحض صيغته للحال (كالفعل الماضي) ، يؤخذ به وينعقد العقد على أساسه ، لأن الارادة الظاهرة صريحة وواضحة .

---

١) ذلك ، لأن من المقرر في الفقه الاسلامي ، أن آثار العقد جعلية بمعنى أن الشارع هو الذى يرتب آثار العقد ، وليس للمتعاقدين مدخل في ذلك لأن مجال اراداتيهما مقصور على انشاء العقد فحسب ، وذلك خشية طغيان هذه الارادة ، أو تنكبها جادة العدل ، أو اتجاهها الى هدم مقاصد التشريع ، تحت ستار تصرفات ظاهرة الجواز ، كما قدمنا .
فالعقد ينتج آثاره فور انعقاده صحيحا ، وبقوة الشرع ، سواء - أكانت آثاره نقل ملكية عقار أو منقول ، كما في البيع ، أو منفعة بعوض كما في الاجارة ، أو ثبوت حق احتباس على عقار أو منقول دون انتفاع كما في الرهن .

لااحتمال فيها لمعنى الاستقبال أو الوعد ، أو التردد أو ـ المساومة حتى لو ادعي الموجب أو القابل أنه لايقصد معنى انشاء العقد في الحال لايؤخذ بادعائه ، بل يؤخذ بظاهر قوله الصريح القاطع ، ولو أقسم يمينا على صدق ادعائه ، لايقبل .

وربما يكون صادقا في ادعائه ، ولكن القضاء لايأخذ الا بظاهر القول الصريح ، عملا بمبدأ استقرار التعامل .

ـ أما اذا كان اللفظ يحتمل الحال والاستقبال ، ولا قرينة ترجح أحد الاحتمالين فانه يؤخذ فيه بالارادة الباطنة حينئذ (١) ، لأن الارادة الظاهرة هنا غير واضحة ، بل محتملة ، فدعت الحاجة حينئذ الى تعيين المراد بالنية ، أى الأخذ بالارادة الباطنة ، فيترك للمتعاقد أن يثبت مراده ، بأن يرجح أحد الاحتمالين بما يدلي به من دليل .

ـ وذلك كما في اللفظ المضارع .

ـ أما اذا كانت صيغة الفعل المضارع مقرونة بما يفيد تمحضها أو خلوصها للاستقبال ، دون أى احتمال آخر بأن كانت مقرونة بالسين أو سوف فانه يؤخذ بهذه الارادة الظاهرة الصريحة المتمحضة للاستقبال فلا ينعقد العقد ، لأن الارادة الظاهرة هنا واضحة ، ولا تفيد انشاء العقد في الحال ، فلا يعدل عنها الى الارادة الباطنة ، ولو نوى المتعاقد الايجاب ، لايقبل ، لأنه استعمل صيغة متمحضة للاستقبال ، وهي صريحة فيه ، فلا يعدل عنها ، ومن ثم لاينعقد العقد ، ولا عبرة بالنية .

---

(١) البدائع : جـ ٥ ، ص ١٣٣ وما يليها ، للكاساني .

والخلاصة : ان الأصل في صيغة العقد — في الفقه الاسلامي الأخذ بالارادة الظاهرة ، اذا كانت هذه الارادة واضحة ، فان تمحضت الصيغة للحال انعقد العقد ، وان تمحضت للاستقبال لاينعقد .

— أما اذا كانت الصيغة محتملة ، غير واضحة ، بان احتملت الحال والاستقبال تعين الأخذ حينئذ بالارادة الباطنة ، والرجوع الى النية ، فان قصد بالصيغة الايجاب انعقد العقد ، والا لم ينعقد (١) وسيأتي مزيد بيان في بحث الصيغة .

— وليس معنى كون الفقه الاسلامي يعتد بالارادة الظاهرة وانه ذو نزعة موضوعية غالبة ، أنه لايعتد بالارادة الباطنة ، بل المراد أن ذلك هو الغالب السائد .

المبحث الثاني

الفرق بين العقد والالتزام والتصرف

١ — قلنا أن العقد بمعناه العام كل تصرف يعبر عنه بالقول أو ما يقوم مقامه ، لانشاء التزام ، سواء أكان قوامه ارادة منفردة تنشيء التزاما دون أن يقابله التزام من طرف آخر ، ودون أن يتوقف على قبول آخر ، كالوقف واليمين والنذر والطلاق المجرد ، أم كان قوامه ارتباط ايجاب بقبول لاحداث أثر شرعي في محل الالتزام . فالعقد بالمعنى العام ينتظم جميع الالتزامات

---

(١) البدائع : جـ ٥ ، ص ١٣٣ — ١٣٤ . الفتاوى الهندية : جـ ٣ ص ٤ وما يليها ، تبيين الحقائق : جـ ٤ ص ٤ وما يليها للزيلعي — مصادر الحق : جـ ١ ص ٨٠ وما يليها : للدكتور السنهوري .

الشرعيــــــة (١) .

غير أن اطلاق العقد بهذا المعنى العام الذى ذهب اليه بعـــض الفقهاء غير شائع في الاستعمال ، بل الذى يدل عليه لفظ " العقد " عند اطلاقه هو ماصدر من طرفين بارتباط ايجاب أحدهما بقبول مـــن الآخـر . وهو المعنى الخاص السائد عند جمهور الفقهاء ، علـــى ما بينا .

٢ ـ أما الالتزام : فهو يطابق العقد بمعناه العام ، لأنه تصـــرف قوامه ارادة أحداث أثر شرعي ، سواء صدر من جانب واحد ، أم من طرفين بحيث تتلاقـى اراد تاهما على أحداث أثر شرعي .

ـ والالتزام بهذا المعنى أعم من العقد بالمعنى الخاص كما ترى (٢) .

ـ وعلى هذا ، فكل عقد التزام وليس كل التزام عقدا .

ـ على أن بعض الفقهاء يطلق الالتزام على التصرف بارادة منفردة ، فيكون مقابلا للعقد بالمعنى الخاص .

٣ ـ أما التصرف : فاما أن يكون قوليا أو فعليا .

آ ـ والتصرف القولي نوعان :

١ ـ تصرف قولي لاينشيء التزاما ، وذلك كالاقرار بحق

---

١) أحكام المعاملات الشرعية : ص ٢٠٠ ، الاستاذ على الخفيف .

٢) نظرية العقد في الشريعة الاسلامية : ص ١ ـ ٢ للاستـــاذ محمود شوكـت .

ـ بيان الالتزامات : للاستاذ احمد ابراهيم ص ١ ٢ وص ٤١ ـ ٤٢ .

لأنه اخبار بثبوت حق للغير على النفس نشأ بسبب سابق على الاقرار ، وكرفع الدعوى ، لايرتب التزاما .

وكلاهما تصرف شرعي قولي بارادة منفردة .

٢ ـ تصرف قولي ينشئ التزاما : سواء أكان قوامه ارادة منفردة أم ارادتين وبذلك يشمل العقد بالمعنى الخاص والالتـــــزام .

ـ وعلى هذا فالتصرف القولي بنوعيه أعم من العقد ومـن ومن الالتزام اتفاقـــــا (١) .

ـ فكـل عقد أو التزام تصرف قولي ولا عكـــس .

ب ـ أما التصرف الفعلي فنوعان :

١ ـ مشروع : ويرتب الشارع عليه حكما اذا صدر من مميـز كالاستيلاء على المال المباح وقبض الدين ، والرجعـة الفعلية .

٢ ـ غير مشروع ، كالغصب والسرقة ، والقتل .

ـ فكل من التصرف الفعلي المشروع وغير المشروع يرتب الشارع عليه أثرا مـا .

ـ وعلى هذا ، فالتصرف هو مايصدر من الشخص المميـز بارادته قولا أو فعلا يرتب الشارع عليه أثرا مـــــا .

---

(١) الملكية ونظرية العقد : ص ١٨٣ للشيخ محمد أبي زهرة .

(٢) المدخل للفقه الاسلامي : ص ٥٠٨ ـ ٥١٠ للأستاذ محمد سلام مدكور . ـ هذا والرجعة الفعلية يرتب الشارع عليها آثارا دون توقف على نية عند الحنفية والحنابلة . ـ المرجع السابق .

المبحث الثالث

الفرق بين الوعد والعقد

آ — من حيث المفهوم :

الوعد مجرد اخبار عن انشاء أمر في المستقبل دون التزام له في الحال (١) كما لو قال : (سأقرضك عشرين ألف ليرة سورية لو اشتريت بيتا) . أما العقد فانه : ارتباط أساسه تراض يحدث التزاما في الحال .

ب — من حيث الحكم أو القوة الملزمة :

العاقد يجب عليه الوفاء بما التزم به بارادته الحرة ديانة وقضاء ، فيجبر قضاء على تنفيذ التزامه العقدي اذا امتنع بالاجماع .

أما الوعد " فالاجماع منعقد على أنه يجب الوفاء به ديانة ، لأنه من مكارم الأخلاق . أما قضاء ، فالجمهور على أن الواعد لايجبر على تنفيذ وعده ، فهو مخير في الوفاء بوعده ، ان شاء أوفى وان شاء أخلف خلافا لابن شبرمة الذى يرى وجوب الوفاء بالوعد قضاء .

غير أن للمالكية أقوالا في حكم الوفاء بالوعد قضاء ، أشهرها : أن الواعد يجبر على الوفاء بوعده ، ان كان معلقا على سبب ، وقام الموعود —

---

(١) جاء في فتح العلي ، في الفقه المالكي : " وأما العدة — الوعد — فليس فيها التزام الشخص نفسه شيئا الآن ، وانما هي — كما قال ابن عرفة — أخبار عن انشاء المخبر معروفا في المستقبل .

المبادئ العامة التي تقوم عليها أحكام نظرية العقد في الفقه الاسلامي

أولا : مبدأ الرضائية في العقود : (في تكوين العقد) .

أرسى القرآن الكريم ، والسنة المطهرة هذا " المبدأ " بنصوص صريحة قاطعة .

ـ قال تعالى : " ياأيها الذين آمنوا ، لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ، الا أن تكون تجارة عن تراض منكم " .

وقوله تعالى : " فان طبن لكم عن شيء منه نفسا ، فكلوه هنيئا مريئا .

وقال ـ صلى الله عليه وسلم ـ " انما البيع عن تراض " .

وقال ـ صلى الله عليه وسلم ـ " لايحل مال امرئ الا عن طيبة من نفسه " .

فالآية الكريمة الاولى ، تدل بعبارتها صراحة على أن الأصل في ثبوت الحق في مال الغير هو " رضا " صاحب هذا المال ، اذا كان ذلك على سبيل التجارة والمعاوضة .

وهو ماأكدته السنة القولية : " انما البيع عن تراض " .

---

١) في حكم الوفاء بالوعد في الفقه المالكي خلاف نلخصه فيما يلي :

أولا : لايجب الوفاء به مطلقا .

ثانيا : انه يجب الوفاء اذا كان معلقا على سبب .

ثالثا : انه يجب الوفاء به اذا كان معلقا على سبب ، ودخل الموعود في السبب جراء الوعد .

رابعا : ان الواعد يجبر على الوفاء بوعده قضاء في جميع الاحوال الا لمانع بان مات او أفلس .

فلا يثبت حق المشترى فعلا في ملكية المبيع ، ولا تنتقل اليه ، الا برضا صاحبه ، ونظير هذا ، أن لايثبت حق البائع في الثمن في ذمة المشترى الا برضاه أيضا •

فتراضي الطرفين هو الأساس في ثبوت الحق لكل منهما في مال الآخر على سبيل التبادل والمعاوضة ، دون أن يتوقف ذلك على شيء آخر سوف التراضي •

والتجارة شاملة لكثير من التصرفات والمعاملات التي تنشيء التزامات •

والآية الكريمة الثانية تدل بعبارتها صراحة أيضا على أن الحق يثبت في مال الغير على سبيل الهبة والمنحة برضا صاحب المال ، وطيب نفسه •

فالمناط في حل الانتفاع بمال الغير هو طيب النفس •

هذا وثبوت هذا الحق " حل الانتفاع " برضا صاحب المال قد صرح به الحديث الشريف : " لايحل مال امرىء الا عن طيبة من نفسه " •

والخلاصة : ان المناط في ثبوت الحق في مال الغير ، وحل الانتفاع به معاوضة أو منحة ، هو الرضا •

فالعقد الرضائي معناه أن الشرع يحكم بتمام انعقاده بمجرد التراضي بين طرفيه •

ومبدأ الرضائية هذا مهيمن على الأحكام العامة للعقد ، وهي التي يطلق عليها نظرية العقد •

وهذا المبدأ متفرع عن أصل عام في التشريع الاسلامي هو مبدأ " سلطان الارادة العقدية " •

— فالارادة الانسانية ذات سلطان في انشاء التصرفات في الفقه الاسلامي في مجالات ثلاثة •

١ ـ في انشاء العقد وتكوينـــه •

٢ ـ في استحداث عقود جديدة تقتضيها مصالح الناس في كل عصر وبيئـــة •

٣ ـ في تحديد او تعديل آثار العقد زيادة أو نقصا عن طريق الشروط المقترنه بالعقد تقييدا وقد بينا المجال الاول •

ـ وسنعرض للمجالين التاليين ، ويجمعهما ـ في الواقع ـ مفهوم واحـد ، هو : مبدأ حرية التعاقد " عقودا وشروطا •

ـ غير أنه اذا كان لكل مبدأ عام استثناء ، فلا بد من أن نعرض لما ورد على المبدأ الأول " مبدأ الرضائية " من استثناء •

الاستثناء من مبدأ الرضائية في تكوين العقود وانشائها :

قدمنا أن الأصل أن لاشكلية في العقود (١) بل يتم انعقادها بمجرد

---

١) ألغت الشريعة الاسلامية ، ماكان معروفا في أسواق الجاهلية من العقود الشكلية من مثل : بيع الحصاة وبيع المنابذة وبيع الملامسة ، وقد نهى النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ عنها نهي تحريم :

ـ أنظر في هذه البيوع ـ البخارى وشرحه ـ للعيني ، ج ١١ ، ص ٢٦٦ ـ ٢٦٧ •

ـ راجع كتابنا " الفقه الاسلامي المقارن " بحثا مستفيضا في الشروط المقترنة بالعقد تقييدا " •

تراضي طرفيها . غير أن الشريعة الاسلامية أوجبت أوضاعا وشكليات معينة في بعض العقود ، لأهميتها ، أو تعلق آثارها بالمصلحة العامة ، كعقد الزواج مثلا .

١ _ الشكلية في عقد الزواج :

_ عقد الزواج _ بما له من صلة بتأسيس القرابات ، وبالنسب ، وبناء أسرة هي لبنة في البناء الاجتماعي ، احتاط المشرع في أمره فأوجب شرطا لصحته ، " الشهادة " وبذلك كان عقد الزواج بمجرد التراضي ودون شاهدين ، عقدا فاسدا يجب فسخه لقوله _ صلى الله عليه وسلم : " لانكاح الا بولي وشاهدى عدل " .

هذا ، وبعض المذاهب أوجب الشكلية في صيغته من الايجاب والقبول ، بأن يكونا بلفظي النكاح أو التزويج خاصة ، دون سواهما من الألفاظ الأخرى التي تؤدى معناها مجازا وبالقرينة .

_ فقاعدة : " العبرة في العقود للمعاني ، لا للألفاظ والمباني " لاتشمل عقد الزواج في نظر هذه المذاهب التي توجب " الشكلية " في صيغته ، وحجتهم في ذلك : ان في عقد الزواج معنى تعبديا فلا بد من التزام ألفاظ معينة في التعبير عنه .

ولكن هذا الرأى مرجوح ، بالأدلة التي لايتسع المقام للادلاء بها لدحضه ، واثبات أن التعبير عن الارادة في عقد الزواج يجوز بكل لفظ ينبىء عنه ، ولو مجازا اذا قامت القرينة على هذا

المعنى (١) ، على ماسيأتي بحثه في صيغةالعقد .

٢ ـ شكلية التسليم في العقود العينية :

والارادة في " العقد العيني " لاتظهر بمجرد الايجاب والقبول بل لابد من تسليم (العين) محل العقد ، ليتم ، ولهذ سمي عينيا . والعقود العينية ـ في الفقه الاسلامي ـ خمسة : الرهن ، والقرض والاعارة ، والايداع ، والهبة .

فلا يتم العقد العيني ، ولا أثر له بالتالي ، قبل قبض " العين " محل العقد (٢) بمعنى أن عقد الرهن مثلا لايتم ولا يصبح ملزما

---

١) وهذا هو مذهب الحنفية ، خلافا للشافعية الذين يشترطون لفظي النكاح أو التزويج ، ومشتقاتهما كما قدمنا .
أما فيما يتعلق بالشهادة في عقد الزواج ، فالجمهور على أنه شرط صحة ، خلافا للمالكية وفقهاء الشيعة الامامية ، فقالوا انه مستحب ومندوب اليه وليس شرطا للانعقاد ، وثمة تفصيلات أخرى لايتسع المقام لسردها . ـ الهداية : ج ١ ص ٢٤٩ .
ـ على أنا نرى أن الشهادة هنا اشترطت وسيلة للاثبات وخشية الجحود في مثل هذا العقد الخطير الشأن ، ولذا ، فان الامام مالكا يرى الاعلان . وعلى هذا بقي المبدأ في ذاته سليما اذ العقد منعقد ، بمجرد التراضي غير انه يشترط قبل الدخول للزوا

٢) فعقد الرهن مثلا لاأثر له قبل تسليم العين المرهونة الى المرتهن ولا يستطيع المرتهن اجبار الراهن المدين على تسليم العين بمجرد الايجاب والقبول ، ان لم يكن قد سلمها . ـ أما بعد التسليم فيصبح العقد ملزما للراهن لانه تم بالتسليم ، فاذا استرد الرهن بدون رضا المرتهن ، طالبه المرتهن باعادته وأجبره قضائيا على ذلك .

للراهـــن ، الا اذا سلم الراهن العين المرهونة الى المرتهـــــــن .
فاذا تم عقد الرهن بالقبض فلا يملك الراهن بعدئذ أن يسترد " العين " .
دون رضا المرتهن .
أما قبل التسليم ، فلا يملك المرتهن أن يجبر الراهن على تسليم المرهون
لأن العقد لم يكن قد تم ، فلا أثر له (١) .
وكذلك " الهبة " لاتتم بمجرد الايجاب والقبول ، بل لابد من القبض (٢)
— وهذا عند جمهور الفقهـــاء .
واستدلوا بقوله — صلى الله عليه وسلم : " لاتجوز الهبة الا مقبوضة " (٣)
وأيضا ، ان عقد التبرع عقد ضعيف في ذاته ، ولذا لايتعلق به صفـــة
اللزوم . والملك الثابت للواهب قوى ، فلا يزول بعقد أو بسبب ضعيف
حتى ينضم اليه مايؤيده ، وهو التسليم بعد ايجاب عقد التمليك لغيره (٤)

---

١) المدخل الفقهي : جـ١ ص ٣٦٤ للأستاذ الزرقاء .
٢) وهو مذهب الامام أبي حنيفة والشافعي والثوري وغيرهم .
— وبهذا الرأى اخذت مجلة الأحكام العدلية .
فقد جاء في المادة /٥٧/ منها مايلي : " لايتم التبرع الا بالقبض "
وفي الهبة نصت المادة / ٨٣٧ / : تنعقد الهبة بالايجاب والقبول
وتتم بالقبض
٣) المبسوط : جـ ٢ ص ٢٤٧ — للسرخســي .
— وراجع : المغني ، جـ ٧ ص ٤٣١ لابن قدامة
٤) المرجع السابق
الموجبات والعقود : جـ٢ ص ٢٨٥ وما يليها للدكتور المحمصاني .
— المدخل الفقهي : جـ ١ ص ٣٦٤ للاستاذ الزرقاء .

وأما في عقد الرهن ، فقد جاء في (مجلة الأحكام العدلية) في المادة ٧٠٦ مايلي :

" ينعقد الرهن بايجاب وقبول من الراهن والمرتهن ، ولكن مالم يوجد القبض ، لايتم ولا يلزم ، فللراهن أن يرجع عن الرهن قبل التسليم " .

اشتثناء عقد الوصية من عقود التبرع من حيث شروط التسليم :

طبيعة عقد الوصية ، من حيث أنه يفيد تمليكا مضافا الى مابعد الموت بشرط قبول الموصى له بعد موت الموصي ، أو عدم رده للوصية ، فتنتقل ملكية الموصي به الى الموصى له ـ تجعل شرط التسليم مستحيلا بالنسبة للموصي المتوفي ، فلذا استثنى من القاعدة العامة في عقود التبرع ، فلم يشترط شكلية التسليم لتمامه .

والخلاصة : أن الأصل العام هو " الرضائية " في تكوين العقد وانشائه وان الشكلية استثناء (١) في عقود معينة .

ثانيا : مبدأ حرية التعاقد :

يتخذ هذا المبدأ مجالات ثلاثة أيضا :

المجال الاول : لااكراه على عقد ما مسمى كان العقد أم غير مسمى .

المجال الثاني : انشاء عقود جديدة تقتضيها مصالح الناس في كل عصر وبيئة ، فضلا عن العقود التي سماها الشارع ونظمت أحكامها ، نصوصا واستنباطا بطريق الاجتهاد .

المجال الثالث : تعديل آثاره زيادة أو نقصا ، عن طريق الاشتراط في

---

(١) المرجع السابق .

صلب العقد ، أو بعبارة أخرى " حرية الاشتراط في العقد .

أما المجال الأول : فالتشريع الاسلامي يقيم العقد على أساس "الرضا الكامل " بدليل أحكام الخيارات (١) وسائر أحكام عيوب الرضا .

أما الثاني : وهو مبدأ " حرية التعاقد " عقودا وشروطا ، فقد اختلف فقهاء المسلمين فيه منذ القدم على رأيين أساسيين :

رأى أهل الظاهر : ومؤداه ، عدم الأخذ بمبدأ " حرية التعاقد " فلم يجيزوا احداث أنواع من عقود جديدة لم يتناولها الشارع - بعينها تسمية وتنظيما على ضوء ما ورد فيها من أدلة .

وكذلك لم يأخذوا بهذا المبدأ في " نطاق العقد " فلم يجيزوا " حرية الاشتراط " لما في ذلك من تعديل للآثار التي رتبها الشارع على العقد ، وآثار العقد " جعلية " (٢) بمعنى

---

١) خيار الشرط ، وخيار العيب ، وخيار الوصف ، وخيار التعيين ، وخيار النقد ، وقبل هذا وذاك " خيار المجلس " وغير ذلك من الخيارات . - هذا ، بالاضافة الى " عيوب الرضا " من الاكراه والغلط ، والتدليس مع الغبن الفاحش ، والغبن الاستغلالي . - وسيأتي بحث ذلك كله في مقامه .
- راجع مؤلفنا " أصول التشريع الاسلامي ، ومناهج الاجتهاد بالرأى ص ٢٧١ وص ٢٧٢ وما يليها .

٢) وسيأتي مزيد تفصيل في هذا الموضوع ، عند بحث الشروط المقترنة بالعقد " - فالعقود أسباب جعلية وليست طبيعية ، بمعنى أنها أسباب جعلها الشارع طريقا لآثار رتبها هو على

أن الارادة الانسانية تنشيء التصرف فقط ، وأما آثاره ، فبترتيب الشارع ، لابفعل المتعاقد ، اللهم الا اذا ورد بالشرط نص ، أوانعقد عليه اجماع (١) .

ـ وعلى هذا ـ فالاصل المنع ، حتى يرد الدليل المبيح من الشارع نصا أو اجماعا .

ـ وهذا مايقضي به أصلهم من التمسك بظواهر النصوص ، والوقوف عندها ، ورفض أصل التعليل ، وما تفرع عنه من القياس ، والمصلحة المرسلة . وأدلتهم في ذلك مايأتي :

أولا : قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد (أي باطل ومردود) .

قالوا ، فهذا النص صريح في اعتبار كل عقد يحدثه الناس ، ولم يرد من الشارع نص يبيحه بعينه ، أولم ينعقد على مشروعيته اجماع المجتهدين (١) باطلا . والشرط كذلك لأن الشروط عقود ، والعقود شروط اذ العقد

---

١) الظاهرية لايقولون بأصل "التعليل" ولذا لايجيزون القياس فلا يعتبرونه أصلا من أصول التشريع ، ومعلوم أن القياس فرع التعليل .
أما الاجماع ، فمرده الى دليل من الشارع ، اذ لابد في الاجماع من أن يكون له "مستند" من الكتاب ، أو منهما معا .

٢) يقول ابن احزم الاندلسي في هذا الصدد : "فصح بهذا النص بطلان كل عقد عقده الانسان والتزمه الا ماصح أن يكون عقدا ، جاء النص او الاجماع بالزامه باسمه" . ـ الاحكام في أصول الاحكام ج ٥ ص٣٧ ـ فالاصل ـ كما ترى ـ المنع ، والاباحة استثناء راجع في هذا الموضوع ، بحثا مستفيضا للمؤلف في الشروط المقترنة بالعقد تقييدا في كتابنا "الفقه المقارن" طبع جامعة دمشق ١٩٨٠

يتضمن التزاما بنتائجه ، فكذلك الشرط .

ثانيا : قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ (مابال أقوال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ، ماكان من شرط ليس في كتاب الله ، فهو باطل ، ولو كان مائة شرط ، كتاب الله أحق ، وشرط الله أوثق .

ووجه استدلالهم بهذا الحديث الشريف ، أنه صريح ، الدلالة على معناه من أن كل شرط ـ ويشمل العقد ـ لم يرد في كتاب الله ماينهض ـ بمشروعيته بعينه ، أو لم يرد به اجماع ، باطل (١) .

وعلى هـذا فالشرط عند الظاهرية اما صحيح ، وأما باطل ، ولا واسطة بينهما . ـ وقالوا : ان الشرط الباطل يبطل العقد أيضا (٢) اذا اقترن به ، فان لم يقترن به ، فلا أثر له (٣) .

<u>الرأى الثاني</u> : ان الأصل الاباحة والجواز ، حتى يرد دليل المنع ، فكان من المقرر عند أولي الرأى هذا : " ان المعاملات طلق حتى يرد المنع (٤) . ـ وبناء على هذا الرأى ، ان كل شرط يشترطه المتعاقدان

---

١) الاحكام : جـ ٨ ص ٤١٢ وما يليها وص ١٢ وص ١٤ . الفتاوى ، جـ ٣ ص ٣٣٣ وما يليها ـ لابن تيمية .

٢) المرجع السابق : جـ ٥ ص ٦ وص ١٢ وص ١٤ وص ٣٢ .

٣) الاحكام : جـ ٨ ص ٤١٢ وما يليها ، وجـ ٥ ص ٦ وص ١٢ وص ١٤ وص ٣٢ لابن حزم ـ الفتاوى : جـ ٨ ص ٣٣٣ وما يليها لابن تيمية .

٤) اصول التشريع الاسلامي : ص ٢٦٦ وما يليها للمؤلف .

ـ وانظر في أدلة هذا الأصل ، ووجه الاستدلال بها .

ـ ومعنى قولهم : " المعاملات طلق " أى مباحة غير مقيد بقيد يمنعها ، فالاصل أنها مشروعة حتى يرد من الشارع دليل يمنعها .

أو أحدهما في صلب العقد ، بل كل عقد يحدثه الناس ، ويطلقون عليه اسما جديدا ، جائز شرعا ، مالم يرد دليل من الشرع يحرمه ، من نص أو قياس .

ـ هذا هو مذهب الحنابلة ، وقريب منه مذهب المالكية (١) وحجتهم في ذلك مايلي :

أولا : قوله تعالى : " ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود " .

ـ ووجه استدلالهم بالآية الكريمة : انها أمرت بالوفاء بالعقود أمرا عاما وباطلاق ، دون تعيين لنوع العقد أو الشرط ، فدل ذلك على أن الأصل في العقود ـ أو الشروط ـ جميعا الاباحة ، الا ماورد من الشارع نهي عنه (٢) .

ـ فلو لم يكن الأصل في التعاقد هو الاباحة ـ عقودا وشروطا ـ لما أمر الشارع بالوفاء بها باطلاق (٣) دون تقييد بنوع معين منها .

ثانيا : ـ قوله صلى الله عليه وسلم : " المسلمون عند شروطهم "

ـ يقضي هذا الحديث بظاهره لزوم الوفاء بشكل شرط (٤) الا

---

١) ممن حمل لواء هذا الأصل ، وتولى الدفاع عنه ، الامام ابن تيمية في كتابه " الفتاوى " جـ ٣ ص ٣٢٩ وما يليها .

٢) المرجع السابق .

٣) بل اعتبر ناقض عهده منافقا خالصا ، قال صلى الله عليه وسلم : " أربع من كن فيه ، كان منافقا خالصا ، ومن كان فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها ، اذا حدث كذب ، واذا وعد أخلف ، واذا عاهد غدر ، واذا خاصم فجر " .

٤) والعموم مستفاد من كلمة شروطهم لانها من الفاظ العموم ، اذ من المعلوم أن الجمع المضاف يفيد العموم ـ على ماهو مقرر في علم الاصول .

ماخص بدليل مانع ، اذ لايكون المسلم عند شرطه الا اذا لزمـــه الوفاء به ، فاذا استجمع التصرف القولي مقوماته وشرائط صحته ، وقــع على الوجه الذى أنشأه ، بأن كان أهلا للتعاقد ، وكان المحل قابلا لأثره ، وللعاقد ولاية عليه (١) ٠

— فالاصل هو الاباحة ، في حدود قواعد الشريعة ومبادئها ، والمنع استثناء لأن المستثنى من التصرفات يتنافى ومقتضى تلك القواعد ، أو بعبارة أخرى ، يخالف النظام الشرعي العام ٠

ثالثا : — وقوله : صلى الله عليه وسلم : " الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا حرم حلالا ، أو أحل حراما ، والمسلمون على شروطهم ، الا شرطا حرم حلالا ، أو أحل حراما ٠

— ووجــه استدلالهم بهذا الحديث الشريف : أن الذى يحرم ، اشتراطه هو ماكان مناقضا للشرع ، وأصوله الثابتة ، أو بعبارة اخرى ، مناقضا لما كان ثابتا قطعا من نص خاص (١) أو أصل من أصول النظام الشرعي العام ، لأن مناقضة الشرع باطلة ، اذ هي مضادة لارادة الشارع فيما يؤدى الى ذلك من الشرط يكون باطلا ٠

— وعلى هذا ، فالشرط الذى يحل حراما ، أو يحرم حلالا ، باطل للمناقضة والمضادة ٠

— والشرط الذى يسقط ماأوجبه الله تعالى باطل أيضا ٠

— فالشرط الصحيح اذن هو الذى يوجب مالم يكن واجبا ولا حراما ٠

---

١) البدائع : جـ ٥ ، ص ٢٥٩ — للكاساني ٠

٢) بتناول المسألة عينها التي تناولها الشرط بحكم مخالف ٠

ـ وبدهي أن مالم يكن واجبا ولا حراما ، هو المباح .

ـ والمباح عدما استوى فيه طرفا الفعل والترك ، وجعلت الخيرة فيه للمكلف ، يختار أيهما شاء ، فان شاء أقدم ، وان شاء أحجم ، على ضوء من مصلحته الذاتية .

ـ اذا تقرر هذا ، فان المتعاقد له أن يلزم نفسه بنفسه ، وبإرادته الحرة ، بأحد طرفي المباح فيوجب الفعل على نفسه ، أو يوجب الترك ، ألا ترى أن " الناذر " له أن يوجب على نفسه مالم يكن واجبا عليه في الأصل ، ويعتبر ملتزما شرعا بنذره (١) ، بينما لم يكن ملتزما بذلك قبل النذر ، فكذلك الشرط .

ـ ولا مناقضة هنا ، لأن كل ما في الأمر ، أن الشارع لم يوجب المباح ، وعدم الايجاب لايدل على نفي الايجاب ، حتى يكون المشترط مناقضا لارادة الشارع .

رابعا : ان الله تعالى قد جعل " مناط " الحل في التجارة ـ والمعاملات ، هو " التراضي " لقوله تعالى : الا أن تكون تجارة عن تراض منكم " على ما أسلفناه .

ـ كما علق جواز الأكل من المال الممنوح هبة على طيب النفس ، وهو الرضا بقوله تعالى : " فان طبن لكم عن شيء منه نفسا ، فكلوه هنيئا مريئا " .

ـ ولهذا يقول الامام ابن تيمية : " الاصل في العقود رضا المتعاقدين ونتيجتها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد (٢) .

---

١) لقوله تعالى : " وليوفوا نذورهم " ـ وهذا مذهب الحنابلة في حرية الاشتراط .

٢) الفتاوى : جـ٣ ص٣٢٩ لابن تيمية اصول التشريع :ص٢٧٢ ـ للمؤلف

— وهذا يؤكد أن الأصل هو الحل والاباحة في التعاقد ، الا ماثبت تحريمه •

— هذا وعدم التحريم دليل الاباحة والا كان التحريم بغير دليل شرعي وهو تحريم مالم يحرمه الله ورسوله ، ولا يقول به أحد •

خامسا : ماروراه البخارى عن قضاء عمر رضي الله عنه انه قال : " مقاطع الحقوق عند الشروط • "

— فهذا الأثر يفيد أن الحقوق تتحدد بالشروط ، وهو بعمومه شامل لكل شرط الا ما خص بدليل (١) •

سادسا : وهو دليل عقلي :

— ان عقود المعاوضات المالية ، وما يقترن بها من شروط ، هي من قبيل (المعاملات (٢) لا العبادات •

— والأصل في النصوص التي تنظم المعاملات عقودا وشروطا التعليل لتبين وجه المصلحة ، وذلك لأن الأصل في المعاملات أنها شرعت لمصالح الناس ، فيلتفت فيها الى المعاني ، والعلل ، والمصالح ، والأعراف المرعية في المعاملات ، والاعراف تستند أصلا الى " المصالح والا ماتعارف الناس عليها ، هذا فضلا عن القياس والاجماع •

— فما لم يرد من الشارع مايحرم الشرط ، أو يصطدم مع العرف ، فهو جائز ، تحقيقا لمصالح الناس التي شرعت من أجلها أحكام المعاملات جملة •

---

(١) روى أن امرأة اشترطت على زوجها في عقد زواجها ، بان تكون سكناها في دارها ولما اراد نقلها الى داره ، رفضت فتقاضيا الى عمر رضي الله عنه — فقال لها شرطها فقال الرجل : اذن يطلقننا ، فاجابه عمر بقوله : " مقاطع الحقوق عند الشروط ولها ماشرطت •
— اعلام الموقعين : جـ٣ ص٣٣٨ كشاف القناع : جـ٣ ص ٥٤ •

ومما يدل على أن الأصل في المعاملات الاباحة أيضا ، وهو وجود هـا قبل ورود الشرع ، فيحكم على كل تصرف مستحدث ، أو شرط بالاباحة استصحابا لهذا الاصل ، ويندرج هذا العقد الجديد تحت الاحكام العامة للعقود ، حتى يرد دليل المنع .

فالمنع استثناء

— وعلى هذا ، فلا يحكم على التصرف الجديد ، أو الشرط المقترن — بالعقد ، بالمنع الا بأخذ الشرطين أو كليهما .

الاول : مناقضة شرع الله ورسوله ، ونظامه الشرعي العام بأن يحل ماحرمه الله ورسوله .

الثاني : منافاة الشرط لمقتضى العقد .

ومقتضى العقد شرع وقانون ، والمنافاة الغاء لهذا المقتضى أو الغاء للعقد نفسه ، ولا يجوز للتناقض .

— والواقع ، ان الشارع ، قد حدد للعقود التي تنشىء التزامات شرعية أحكاما عامة وخاصة قصد بها مايأتي :

١ — عدم افضاء التصرف الى النزاع (١)

— يطلق الفقهاء على " المعاملات " لفظ (العادات) اصطلاحا تمييزا لها عن العبادات .

(١) ذلك ، لان النزاع يحول دون تنفيذ العقد ، وتحقيق غايته وهي المصلحة العائدة الى المكلفين ، فيقع الناس في حرج ، او يصبح التعامل عبثا ، لاجدوى منه .

وقد علمت ان أصل التعامل قائم على اساس تحقيق مصالح الناس ورفع الحرج عنهم لتسقيم حياتهم ، فعاد " النزاع " في التعامل على أصل شرعيته بالنقض .

٢ — حماية المتعاقد من الغبن (١) .

٣ — حماية المتعاقد من الوقوع في " الغرر " .

٤ — توفر " الرضا الكامل " حتى لا يلزم المتصرف بنتيجة عقده الرضائي ، على غير رضا منه واختيار .

٥ — حمايته من الاستغلال ، لظروف عامة ، أو خاصة ، كما في تحريم الاحتكار (٢) والربا .

---

١) هو التفاوت بين القيمة الحقيقية والثمن ، وقد يكون فاحشا يتجاوز ضعف القيمة وقد يكون يسيرا مغتفرا .
— هذا ، والغبن ، قد يكون مظهرا ماديا للتدليس .
— وقد يكون نتيجة لاستغلال ناحية ضعف في المتعاقد المغبون من الجهل بالاسعار ، او ظروفه من الحاجة أو الاضطرار ، وهذا منهي عنه ، لقوله — صلى الله عليه وسلم : " بيع المضطر وشراؤه حرام " وقوله عليه السلام " بيع المسترسل ربا " والمسترسل هو الجاهل بالاسعار .
— أو قد يكون نتيجة لاستغلال عدم الخبرة أو ضعف نفسي من طيش بين أو هوى جامح ، كما يعتبر الفقه الوضعي .

٢) اجمع الفقهاء على تحريم " الاحتكار " لتضافر الأحاديث الصحيحة على ذلك ، فضلا عن الاصول العامة اللفظية والمعنوية التي تنهض بهذا التحريم . اذا أفضى الى الاضرار بالناس ، بل اعتبره الاسلام جريمة اجتماعية ، بدليل الجزاء الأخروي الذي يرتبه الشارع عليها من مثل قوله — صلى الله عليه وسلم : " من احتكر على المسلمين طعامهم ، كان حقا على الله أن يقعده بعظم — بمكان عظيم — من النار . — وهذا الوعيد الشديد لا يقل عن الوعيد على الربا .
— والعلة الجامعة بينهما انهما وسيلتا استغلال الظروف ، خاصة كانت أم عامة . — راجع في هذا بحثا مستفيضا للمؤلف في " الفقه المقارن " المقرر على الصف الرابع تحت عنوان الاحتكار والتسعير الجبري .

واستغلال الاضطرار (١) .

سابعا : منع افضاء العقد الى اسقاط واجب ، أو تحليل محرم ، من حيث المآل باتخاذ العقد وسيلة أو ذريعة الى ذلك ، حماية لمقاصد التشريع من أن يؤذيها أو يهدمها التصرف ، اذ لم تشرع العقود ذرائع لهذا المآل الممنوع بداهة (٢) .

ـ هذا ، والقانون المدني العراقي فقد اقتفى أثر الفقه الاسلامي في أخذه بهذا المبدأ ، اذ نصت المادة (٧٥) منه على أنه : " يصح أن يرد العقد على أى شيء آخر (٣) لايكون الالتزام به ممنوعا بالقانون ، أو مخالفا للنظام العام ، أو الآداب "

ـ ومن المعلوم أن العقود أو الشروط المحرمة ، هي التي تتصل بالربا أو الغرر ، أو يكون محلها غير قابل لآثارها شرعا ، أو سببها والباعث عليها غير مشروع .

ـ وهذه عناصر تنهض بالنظام الشرعي العام في المعاملات (٤) .

---

١) لقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ " بيع المضطر وشراؤه حرام " .

٢) وهذا ماسبقت الاشارة اليه في بحث " الباعث " وأثره في العقود .
ـ لم نتعرض لمذهب الشافعية والحنفية في حرية التعاقد ، لأن المقام لايتسع لهذه المقارنه ، وغاية مايقال في مذهب الحنفية انه فتح باب هذه الحرية عن طريق "العرف" كما سيأتي بيانه في بحث " الشروط "

٣) سوى العقود المسماة التي وردت في نصوص مرشد الحيران ، في المواد ٢٦٣ـ ٢٦٦ .

٤) راجع بحث " النظام الشرعي العام "في " المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأى في التشريع الاسلامي :ص٢٣٨ ـ ص٢٥٩ للمؤلف .
ـ وفي : " أصول التشريع الاسلامي :ص٢٥٦ ـ ص٣٠٧ للمؤلف .

على أن دائرة النظام الشرعي العام في الفقه الاسلامي ، أوسع منها في الفقه الوضعي .

ـ ويترتب على هذا ، أن اشراف الشارع على ابرام العقود والاشتراط فيها ، أبعد مدى من التشريع الوضعي ، وذلك تحقيقا للعدل ، والتوازن بين الالتزامات في مضمون العقد ، أو اقتصادياته ، مما جعل حرية الارادة الانسانية أو حرية التعاقد في الفقه الاسلامي أضيق منه في الفقه الوضعي (١) .

رأينا في موقف الظاهرية من حرية التعاقد بخاصة ، وتفسير الشريعة بعامة :

اولا ـ أن الأصل الذى بنى عليه الظاهرية مذهبهم في حرية التعاقد ، بل وفي تفسير الشريعة بوجه عام . وهو الوقوف عند ظواهر النصوص والجمود على ظاهر لغويتها ، وسد باب الاجتهاد في " التعليل " لايتفق وطبيعة التشريع نفسه ، أى تشريع كان ، والا لما كان ثمة فرق بين الدرس اللغوى والاجتهاد التشريعي .

ـ ذلك ، لأن التشريع ليس مجرد نصوص ، بل هو " دلالات " ومعان تؤخذ بطرق متعددة ، منها عبارة النص ، واشارته ، ومفهومه الموافق ومفهومه المخالف ، كما يؤخذ من لوازم النص العقلية (٢)

---

(١) اذ من المعلوم أنه كلما اتسعت دائرة النظام الشرعي العام الذى يحد حدودا ويؤصل قواعد لايجوز مخالفتها أو الاتفاق على خلافها تحت طائلة البطلان ، كان مجال حرية الارادة فيه أضيق .
ـ مصادر الحق : جـ ١ ص ٨٠ ـ ٨١ للدكتور السنهورى .

(٢) من المقرر في علم أصول الفقه ، ان النص الدال على المعنى الملزوم دال على المعنى اللازم عقلا كذلك . ـ اصول التشريع ص ٤٢٥ للمؤلف .

المباشرة ، وغير المباشرة ، وعن طريق مقاصد التشريع العامة (١) التي هي اصول العدل ومبانيه ، وموجهاته (٢) .

— ولهذا لايتفق اصلهم هذا وطبيعة التشريع نفسه ، بل ولا تستقيم معه حياة الناس ومصالحهم .

ثانيا — وأما استدلالهم بقوله — صلى الله عليه وسلم : " من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد " فنحن نقول بهذا أيضا ، اذ لانقر عقدا ولا شرطا يحل ماحرم الله ، أو لاتتفق وأصوله التشريعية الثابتة ، أو ينافي مقتضى العقد ، أو نصا خاصا ، ورد في محل الالتزام بالشرط بحكم مخالف .

— ولكن ليس معنى هذا ، أنه يجب أن يرد من المشرع نص خاص يتعلق

---

١) اللوازم العقلية المباشرة ، كدلالة الاشارة — وغير المباشرة كدلالة النص ، والدلالة القياسية ، اذ كل من المعنى العقلي المأخوذ عن طريقهما ليس لازما عقليا مباشرا ، بل عن طريق العلة المفهومة لغة في الدلالة الاولى ، والمستنبطة اجتهادا بالرأى في الدلالة الثانية ، كما هو مقرر في علم الأصول .

— اصول التشريع الاسلامي : ص ٣٢٨ وما يليها ، للمؤلف .

٢) أما " المقاصد " فهي المصالح العامة والخاصة التي هي غايات النصوص وأحكامها ، بل هي المصالح التي شرعت تلك النصوص من أجلها ، فكيف يمكن اغفالها أو اطراحها ؟

— لذلك كانت مباني للعدل ، وموجهاته في التشريع — الاجتهادى .

— المرجع السابق : ص ٢٨٨ وما يليها ، للمؤلف .

بالعقد أو الشرط بعينه حتى يحله ويجيزه ، لعدم ورود دليل ـ التحريم كاف في الدلالة ، على الحل والمشروعية .

ثالثا ـ وأما استدلالهم بنص الحديث : " ماكان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ، ولو كان مائة شرط " فليس المقصود بكتاب الله هنا خصوص القرآن الكريم ، بل شرع الله ، وما فرضه ، كتابا وسنة ، نصوصا واستنباطا ودلالات (١) ، كما قدمنا .

رابعا ـ هذا ، واذا كان " الاصل " أن الشارع قد منح الانسان حرية التصرف فيما يملك من مال أو حق ، واعتبره نافذا شرعا ، وكان العقد أو الشرط في الوقت نفسه ضربا من التصرف ، نتج عن هذه المقدمة ، ان الشارع أباح له حرية التعاقد عقودا ، وشروطا ، بمقتضى هذا الأصل ، وليس لأحد ولاية الحجر على المالك فيما يملك ، الا اذا أضر بغيره من الفرد أو المجتمع ، ضررا فاحشا ، أو صادم نصا خاصا آمرا ، أو ألغى مقتضى العقد ، أو اتخذ من العقد وسيلة لتحليل محرم أو هدم واجب .

خامسا ـ وأيضا ، اذا كان الأصل أن العقد أو الشرط ضربا من التصرف في الملك كما قلنا .

ـ والتصرف في الملك نافذا شرعا ، فلا يمكن أن يكون التصرف نافذا الا اذا ابيح للمالك أن يتصرف فيما يملك عن طريق العقد أو الشرط ، والا لم يكن لهذا النفاذ من معنى (١) بل لم يكن للملك أو الحق من معنى . ـ لهذه الأدلة ، كان مذهب الجمهور هو الراجح .

---

(١) أحكام المعاملات الشرعية : ص ٢٠٠ و ٢٤٠ وما يليها ، للشيخ علي الخفيف .

الفصـــــــــل الاول

مقومات العقـــــد

نقصد بمقومات العقد ، مايطلق عليه بعض الفقهاء ، " أركانه وشرائطه " سواء أكانت شرائـــط انعقاد ، أم شرائط صحـة .

وأركان العقد ، قد درج كثير من الفقهاء على حصرها في " الصيغة " و " العاقدين " و " المحل " .

أما الباعث " ـ ويطلق عليه " السبب " الدافع الى التعاقد ـ فقد جرى فقهاء القانون على اعتباره " ركناً " في العقد ، بحيث تغدو أركانه أربعـــة .

---

(١) يطلق كثير من الباحثين في الفقه الاسلامي على مقومات العقـــد اصطـلاح أركان العقد ، وهذا الاطلاق ليس متفقا عليه بيـــن المذاهب الفقهية ، اذ الحنفية يطلقون الركن على ماكان جزءاً من الماهية ، بحيث لاتتحقق الا بـــه ، والعقد لاركن له بهذا المعنى الا " التراضي " أو " صيغة العقد " من الايجـــاب والقبول " وما يقوم مقامهما ، وما عدا ذلك فلوازم للعقـــــد لايتصور قيامه الا بتوافرها ، وهي خارجة عن ماهية العقد ، ولذلك لايتحقق فيها معنى الركن ، عند الحنفية .

أما المالكية ومن معهم ، فيطلقون الركن على ماهو أعم من الجزء الداخل في ماهية الشيء ، بحيث لاتتحقق ذاتيته الا به ، وعلى مايتوقف عليه وجوده ، مما هو خارج عن ماهيته ، ولذا اطلقنــا كلمة "المقومات " تلافيا لهذا الخـــلاف .

غير أنهم يخلطون — فيما يبدو بين شرائط المحل وبين " الباعث " خلطا " لاينبغي " عن الدقة في التمييز بين المفاهيم ، فمن ذلك ، أنهم يعتبرون العقد باطلا لعدم مشروعية السبب اذا كان اتفاقا بين طرفين على أن يقوم أحدهما بسرقة ، أو جريمة قتل ، وهذا ليس من معنى الباعث في شيء ، بل هو من قبيل شروط " محل " العقد الذى لم يتوافر فيه شرط كونه قابلا لحكم العقد وأثره ، وهو " المشروعية اذ محل الالتزام هنا القيام بعمل ، ومن شروطه ، أن يكون محله مشروعا ، والجرائم ليست محلا للالتزام التعاقدى أصلا .

وأما الباعث ، فأمر وراء ذلك ، اذ يقصد به الدافع أو " العنصر النفسي " الذى يحمل المتعاقد أو كليهما على تحقيق غرض غير مباشر ، فضلا عن الغرض الأصلي للتصرف ، وذلك باتخاذ التصرف المشروع في ذاته ذريعة أو وسيلة لتحقيق غرض مشروع ، مع كون العقد في ذاته ، صحيحا مستكملا أركانه وشرائطه ، صيغة ومحلا وأهلية .

وأيا ما كان ، فالفقهاء قد تناولو هذا " السبب " بالبحث ، ولاسيما الامام الشاطبي من الأصوليين والفقهاء في الفروع ، والحنابلة بوجه خاص ، قد نصوا على ذلك .

— تطبيقا لفكرة الباعث — بقولهم : " بيع العنب ممن يعصره خمرا باطل (١) .

---

(١) المغني : ج ٤ ، ص ٢٢٣ — لابن قدامة — الفتاوى : ج ٣ ص ٤٠ وما يليها — ابن تيمية وانظر نظرية الباعث في هذا الكتاب .

ومنشأ البطلان أو علته ، هو خرم قواعد الشريعة ، باحلال محرم أو هدم واجب باتخاذ التصرف المشروع وسيلة الى ذلك ، وهذه مناقضة لقصد الشارع ، فالمناقضة بين القصدين ، قصد المكلف ، وقصد الشارع ، سبب مبطل للتصرف أو العقد بالاجماع ، بما اتخذ وسيلة لتحقيق غرض غير مشروع ، وهو ضرب من التعاون على الاثم ، المنهي عنه بالنص ٠

غير أن " السبب " بهذا المعنى ، ليس ركنا في العقد ، بل هو شرط انعقاد ، أو شرط صحة ، على رأى الجمهور ، اذ لا يفرقون بينهما من حيث أثرهما في ابطال العقد عند انتفائهما ، بمعنى أنه يشترط أن يكون " الباعث " مشروعا ٠

هذا ، ولا خلاف بين الفقهاء والاصوليين ، في وجوب أعمال " الباعث " في التصرف أو العقد ، بوجه عام ، وانما الخلاف في التطبيق ، أى في تحقيق مناطه ٠ فترى فريقا منهم يكتفي بالقرائن دليلا على تحقيق مناطه في الوقائع ، وهذا أخذ بما يسمى بالارادة الباطنة فيبطل العقد ، ولو كان سليما من حيث الشكل ، وهؤلاء هم المالكية والحنابلة ٠

وأما الفريق الآخر ، فيأخذ بالارادة الظاهرة ، ولا يعبأ بالقرائن على

---

(١) خلافا للحنفية الذين يفرقون بين شرط الانعقاد ، وهو شرط تكويني ، لاقيام للركن الا به ، فيؤثر انتفاؤه على قيام العقد وانعقاده ، فيكون باطلا ، بخلاف شروط الصحة فتأثير انتفائه مقصور على أحداث خلل في وصف العقد من الفساد ٠ ، دون البطلان كما تعلم ٠

عدم مشروعية الباعث ، ليبطل العقد الصحيح من حيث الشكل والظاهر، بل يشترط أن يكون " الباعث " مصرحا به في عبارة أو صيغة العقـــد ليعتبره ، وهذا أخذ بالارادة الظاهرة .

وهكذا ترى أن الخلاف في تحقيق المناط ، لا في أصل القاعدة (١) .

نتخلص أن مقومات العقد في الفقه الاسلامي أربعة :

١ ــ الصيغة ٢ ــ المحل ٣ ــ العاقدان ٤ ــ السبب أو الباعــث . ونتناولهما بالبحث في فصول أربعة .

المبحـــــث الاول

صيغــــــة العقـــــد

يؤصل الفقه الاسلامي ، قاعدة عامة مؤداها : أن " التراضي هــو أساس التعاقد " بمعنى أن "العقد " لاينشأ شرعا الا بالتراضي ، وقد ثبت ذلك بالكتاب والسنة ، وهذا مايطلق عليه اليوم " مبدأ الرضائية في العقود " .

أما الكتاب ، فلقولــه تعالى : " لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ، الا أن تكون تجارة عن تراض منكـم " .

والتجارة تشمل سائر العقود والمعاملات . ووجه الدلالة ، أن الشارع الحكيم ، قد جعل " التراضي " أساس نشوء العقد ، وحل انتفاع كـل

---

(١) هذا ، فيما يتعلق بالسبب ، وقد آثرنا تقديم هذه الاشارة اليه لكـي نحيلـه الى نظريتـه التي تناولت بحثه تفصيلا في هــذا ــ الكتاب ، والمقررة هذا العام حسب الخطة الدرسيـة الجديـدة وعنوانها " نظرية الباعــــث " .

من المتعاقدين بمال الآخر ، اذا استوفى سائر شرائطه ، وعبر بالأكل ، لأنه من أعظم ضروب الانتفاع ، لا للتخصيص به ، هذا في العقود التبادلية الماليــة .

وأما في التبرعات ، فكذلك ، لقوله سبحانه : " فان طبن لكم عن شيء منه نفسا ، فكلوه هنيئا مريئا (١) " وهذا صريح ، بأن طيب نفس المتبرع ، هو أساس نشوء حكم حل انتفاع المتبرع له بالمتبرع به من مال المتبرع .

يؤكد هذا ، قوله — صلى الله عليه وسلم — : " انما البيع عن تراض" وقولــه " لايحـل مال امرئ مسلم ، ألا بطيب نفس منه " .

غير أن " الرضا أو " طيب النفس " عنصر نفسي ، لايمكن الاطلاع عليه فأناط الشارع حكم "العقد " بما يقوم مقام هذا العنصر النفسي الخفي وهو " الصيغة " لكونها أمرا ماديا ظاهرا منضبطا ، مدركا ، محسوسا يمكن اثباته أمام القضاء عند النزاع وسنن الشارع في مثل هذا ، أن يقيم السبب الظاهر المنضبط ، مقام الأمر الخفي مناطا للحكم ، كاقامة السفر مقام المشقة غير المعتادة ، لخفائها ، رخصة للفطر في رمضان .

فالصيغة اذن اقيمت مقام التراضي لخفائه ، مظهرا له ، ودليلا عليه .

معنى الصيغــة :

الصيغة هي مايصدر عن العاقدين ، من الايجاب والقبول ، أو مايقوم مقامها ، من الكتابة ، والاشارة ، والمبادلة الفعلية (٢) .

---

١) السنن — بفتح السين والنون — الطريقة المسلوكة في الشرع ، أو القاعدة العامــة .

٢) يعبر عنــه بالتعاطـــي .

قرينة دالة على التراضي ، أوامارة على الارادة الخفيــــة ·
وبعبارة أخرى ، مايصدر عن المتعاقدين ، من قول أو فعل دليـــلا
على الارادة ·
وصيغة العقد هذه ، أضحت هي المناط ، لأنها علة نشوء العقد وسبب
قيامه ، دون الارادة الخفية ، لخفائها ·

على أن هذه " الصيغة " تصلح " مظنة " للتراضي ، مادام
لم يقم دليل قاطع او قرينة قوية ، تنقضها ، وتدل على أنها لاتفصـــح
عن الارادة فعلا ، فتصبح حينئذ مفرغـة من مضمونها ، كما اذا وجدت
" الصيغة " وكان أحد العاقدين مجنونا ، أو صبيا غير مميز ، لانتفاء
الارادة قطعا ، فتصبح " الصيغة " عندئذ غير ذات موضوع ، أو مضمون
فتبطل بالتالي سببيتها لنشوء العقد ، لقيام الدليل على انتفاء أساسه
وهو الارادة ·

وعلى هذا ، فالصيغة ليست دليلا قاطعا على الارادة ، وانمـا
هي مجرد قرينة تحتمل اثبات العكس ، وهذا مانسميه " المظنة " لقيام
احتمال بطلانها بالدليل القـــــوى ·

هذا ، ويطلق بعضهم على " الصيغة " من قول أو فعل ، " الارادة
الظاهرة " باعتبارها مظهرا تعبيريا للارادة الباطنة ، أو التراضي النفسي
والمفروض في الارادة الظاهرة " الصيغة " أن تكون مطابقة للارادة الباطنة
حتى تصلح دليلا عليها ، لأنها مظهر لها ، وقائمة مقامها ، كما بينا ·
هذا ، والأصل في " الصيغة " وان تكون بالقول ، لأنه أدل علــى
المراد ، غير أن الشارع ، اجاز أن تكون اداة التعبير بالقول ، أو
الكتابة ، أو الاشارة ، أو الفعل ، تيسيرا للناس ورفعا للحرج عنهـــم

واستجابة أحيانا لمقتضيات الضرورة ، كما سيأتي تفصيله .

الفـــرع الأول
مكونات الصيغـــــــــة

تتكون الصيغة في العقود التبادلية ، أو ثنائية الطرف ، مـــن الايجاب والقبول .

اجتهاد الفقهاء في حقيقية الايجاب والقبول :

لم تتفـق آراء الفقهاء على معنى " الايجاب والقبول " .

آ ـ فذهب الحنفية ، الى أن الايجاب (١) هو ماصدر أولا ، من أحد المتعاقدين المملك أو المتملك ، دالا على ارادته انشاء العقد في الحال ، والرضا بالالتزام بآثاره .

وأما القبول فهو ماصدر ثانيا من الطرف الآخر ، دالا على موافقته ورضاه بما تضمنه ايجاب الأول . كما بينا آنفا

وعلى هذا ، فلو قال المشترى : اشتريت منك هذه الأرض ، بمائة ألف كان ذلك ايجابا ، بصدوره أولا ، ولو كان الموجب هنا متملكا وهو المشترى ، حتى اذا قال البائع ، رضيت أو قبلت ، كان ذلـك قبولا ، كان ذلك قبولا . لصدوره ثانيا ، ولو كـــان

(١) الايجاب لغة الالزام والاثبات ، فالموجب هو من ألزم نفسه ـ بمضمون ماصدر منه أولا حال انشاء العقد ، من قول أو فعـــل وهو معنى يتفق مع المعنى الفقهي كما ترى .
أما القبول ، لغة فهو الموافقة ، والتصديق والتلقي ، والأخذ فتح القدير : جـ١ص٢٤٤ ـ وراجع الفروق : جـ٢ ـ الفرق الثالث للقرافـــي .

هو الملك •

وتعليل ذلك ، أنه لايتصور تقديم القبول ، لأن التقديم انما يكون ـ للايجاب ، بقطع النظر عن كون الموجب ، مملكا ، فالصادر أولا هو الايجاب •

هذا ، ولو قدم القبول لم يكن قبولا ، لانتفاء معناه ، كما لايتصور " تعاصر " الايجاب والقبول ، بل لابد أن يردا متعاقبين ، حتى لو تعاصرا ، وصدرا معا ، لاينعقد العقد (١) •

ب ـ وذهب غير الحنفية ، الى أن الايجاب هو مايصدر عن المملك (٢) دون المتملك ولو صدر متأخرا ، اذ العبرة بمعنى التمليك والتملك ، لابتقدم صدور العبارة وتأخرها ••

والقبول ، هو ماصدر عن المتملك ، ولكننا نرى أن مذهب الحنفية ، أرجح ، اذ القبول معناه أن شيئا قد تقدمه ، ثم تمت الموافقة عليه ، اطلاقا للالفاظ على حقيقة مدلولاتها •

على أن كلمة " نعم " تكفي في الدلالة على الموافقة والقبول ، اذا تقدمها الايجاب •

الفرع الثاني

المادة اللغوية ، والصيغة الزمنية للفظ الذى يتحقق به

الايجاب والقبول

آ ـ المادة اللغوية : الأصل في التعبير عن الارادة ، هو اللفظ

---

١) البحر الرائق / جـ٥ ص٢٦٢ ـ ٢٦٣ مجمع الأنهر : جـ٢ ص ٤ •

٢) كالبائع مثلا ، لأنه مالك المبيع ، فكان عقد البيع لتمليك المبيع للمشترى ، من قبل مالكه وهو البائع •

لسهولته ، وقوة دلالته ، ولذا كان أكثر استعمالا ، وكان غيره من الكتابة ، أو الاشارة ، أو الفعل ، قائما مقامه .

وليس معنى هذا ، أن الفقهاء قالوا بتعيّن " اللفظ " أداة للتعبير عن الارادة بحيث لايتحقق الايجاب والقبول الا به ، فهذا مالم يقل به أحد ، وانما الذى ذهبوا اليه أن كل لفظ واضح الدلالة ، بين الافصاح عن ارادة العاقدين انشاء العقد في الحال سواء أكان على سبيل الحقيقة أم المجاز ، مادام مصحوبا بالقرينة الدالة ، تتحقق به الصيغة من الايجاب والقبول ، وينشأ العقد شرعا ، لتوافر ركنه ، فليس اللفظ شرطا . غير أن الشافعية والحنابلة ، استثنوا من هذا الأصل عقد الزواج ، فأوجبوا أن تكون صيغة الايجاب في هذا العقد بلفظي النكاح والتزويج ، ومشتقاتهما ، دون غيرهما من الألفاظ ، ولو كانت واضحة الدلالة ، حقيقة أو مجازا ، لقيام القرينة ، ذهابا منهم الى أن هذا العقد لخطورته ، حيث يحل المرأة بعد أن كانت حراما ، وجليل آثاره من النسل وبناء الاسرة ، جعل الغلبة للمعنى التعبدى فيه ، فأوجب ذلك الوقوف عند مادة اللفظ التي عبر بها القرآن والسنة ، لانشائه ، وهو النكاح والزواج ومشتقاتهما ، تعبدا .

أما الحنفية والمالكية ، فلم يفرقوا بين عقد الزواج وغيره ، في هذا الصدد ، فكان اللفظ الذى يتحقق به الايجاب في عقد الزواج في فقههم أكثر يسرا ، اذ أجازوا كل لفظ يدل على تمليك العين ، ولو مجازا ، اذا قامت القرينة التي تدل على معنى الزواج ، من تسمية المهر وقدره واحضار الشهود ، شريطة أن يكون الشهود على بينة من هذا المعنى أيضا ، بحيث لايعتريه لبس ولا ابهام ، عملا بمقتضى القاعدة :

" العبرة في العقود للمعاني ، لا للألفاظ والمباني (١) ".

وعلى هذا ، ينعقد الزواج بالكنايات من الصدقة ، والجعل ، والتمليك والهبة ، اذ يجمع بينها معنى مشترك ، هو " تمليك العين "(٢) والقرينة تصرفه الى معنى الزواج المقصود ، وهو مالم يجزه الشافعية — والحنابلة ، كما ذكرنا ، وهو "لا" وان عملوا بمقتضى قاعدة " العبرة في العقود للمعاني " في انشاء العقود ، لكنهم استثنوا منها عقــــد الزواج لما بينـا .

فلو قالت المرأة : وهبتك نفسي على مهر قدره عشرة آلاف ، وقـــال مريد الزواج ، قبلت أو رضيت ، تم العقد ، بلفظ " الهبة " لقيام القرينة ، وهو تسمية المهر ومقداره ، على ارادة معنى الزواج ، مجازا والمعنى المشترك بين الهبة والزواج ، هو " تمليك العين " في كل منهما ، بما يسوغ استعمال الهبة كناية عن الزواج ، والعبرة في — العقود للمعاني ، وهذا المعنى ظاهر للشهود كذلك ، خلافا للشافعية والحنابلة ، اذ لايرون انعقاد الزواج بذلك ، بل لابد — في اجتهادهم من استعمال لفظ النكاح والزواج ومشتقاتهما ، كما ذكرنـــــا .

أما " القبول " في عقد الزواج " فلا يشترط أن يكون بلفظ الزواج أو النكاح ، بل يصح بكل لفظ يدل على الموافقة والرضا ، كقوله قبلـــت أو رضيت ، اجماعا .

---

١) المجلـــة ، مادة ٣

٢) ويلزم عن هذا ، أنه لاينعقد النكاح بكل لفظ لايفيد ذلك ، أعني تمليك العين ، بأن كان لتمليك المنفعة ، بعوض أو بدون عوض أو الاحتباس من مثل : الاعارة او الوديعة ، أو الاجارة او الرهن او ماالى ذلك .

وعلى هذا ، فالفقه الاسلامي ـ بوجه عام ـ لايتعلق بالشكلية أو اللفظية في انشـــاء العقود .

على أن الفقهاء استثنوا عقد الزواج أيضا ، من الأصل العام ، وهو جواز التعاقد بالنطق أو الكتابة ، أو الاشارة ، أو المبادلة الفعليـة فلم يجيزوا التعاقد فيه الا بالنطق وحده ، اذا كان بين حاضرين ، وذلك لمكان الشهود شرطا في صحة عقد الزواج ، اذ لايتأتى سماعهما الايجاب والقبول ، في وقت واحد ، الا اذا كان التعاقد باللفظ ، دون غيره من الكتابة وما اليها .

نعـم ، يجوز التعاقد بالكتابة في عقد الزواج بين غائبين ، لضرورة الغيبة ، ولا ضرورة اذا كان بين حاضرين .

هذا ، ونرجح اجتهاد الحنفية والمالكية فيما يتعلق بالمادة اللفظية التي يتحقق بها الايجاب والقبول في عقد الزواج ، بحيث ينعقـــد ـ كسائر العقود ـ بكل لفظ يدل عليه حقيقة أو مجازا ، اذ العبرة في العقود للمعاني كما ذكرنا .

يؤيد هذا ، أن القرآن ، والسنة المطهرة ، قد ورد فيهما استعمال لفظ " الهبة " و " التمليك " تعبيرا عن الزواج ، مجازا مع أصطحاب القرينة الدالة على ذلك ، في قوله تعالى : " وامرأة مؤمنة ، ان وهبت نفسها للنبي ، ان أراد النبي أن يستنكحها ، خالصة لك ، من من دون المؤمنين (١) .

---

(١) ولا يقال ان لفظ " الهبة " في الآية الكريمة ، انما كان جواز استعمالها تعبيرا عن الزواج ، من باب " الخصوصية " للنبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ ومعلوم أن ماكان واردا في الشرع على سبيل الخصوصية ، فان حكمه لايعم ، لايقال هذا ، لان " الخصوصيـة " ـ في الواقع ـ انما كانت في اباحة الزواج للرسول ـ صلى الله عليه بدون مهر ، لافي استعمال لفظ مكان لفظ . ـ الاحزاب ٥٠ .

وكذلك في قوله — صلى الله عليه وسلم — : " ملكتكها بما معك من القرآن " وأما سائر العقود ، فيصح انعقادها بشكل لفظ يدل على ارادة انشائها ، بالكتابة مطلقا ، بل وبغير ذلك من وسائل التعبير والقاعدة العامة في هذا ، ان " الكتاب كالخطاب " (١) .

وتأسيسا على هذا ، فان "اللفظ " وان كان هو الأصل في التعبير عن الارادة التعاقدية ، بل عن المعاني النفسية عامة ، وانه أيسر ، وأدق ، من حيث كونه الارادة الطبيعية العامة ، بدليل أنه أكثر استعمالا ، غير أن الفقه الاسلامي ، لم يوجب استعمال " اللفظ " او النطق سبيلا متعينا لانشاء العقود ، ولا استعمال ألفاظ معينة بذاتها خاصة بكل عقد على حدة ، دون غيرها ، وعلى سبيل الحصر ، تعلقا بالشكلية أو اللفظية ، بل كل لفظ بين الدلالة على هذه الارادة ، يصلح اداة للتعبير عنها ، حسب عرف الناس في مخاطباتهم ، وتعاملهم ويتحقق بها الايجاب والقبول وينشأ العقد ، كما يجوز بالكتابة وغيرها ، مما تعارفه الناس وسائل للتعبير عن اراداتهم لوحدة المناط ، على ما سيأتي بيانه . فلا شكلية ولا لفظية في انشاء العقود والتصرفات في الفقه الاسلامي .

ب — <u>الصيغة الزمنية للفظ الذى يتحقق به الايجاب والقبول :</u>

للفعل — كما هو معلوم — ثلاث صيغ زمنية : الماضي — والمضارع — والأمر .

١ — أما صيغة الماضي ، فالأصل انها للاخبار عن فعل حدث في الزمان الماضي وانتهى قبل زمن التكلم ، غير أن الشارع اتخذها صيغة للانشاء ، في عرفه هو ، والحقيقة الشرعية مقدمة على الحقيقة اللغوية

---

(١) المجلة / مادة / ٦٩ .

في الاعتبـــار ٠

وبيان ذلك ، أن الحقيقة الشرعية للعقد ، هي انشاء معنى في الحال لم يكن حاصلا من قبل ، وهذا المعنى لايوجد في اللغة صيغة خاصة به تدل عليه ، لأن الفعل الماضي ــ كما قلنا ــ اخبار عن حدث وقع في الزمن الماضي وانتهى ، قبل زمن التكلم ، ولم يوضع أصلا لانشاء معنى في الحال ، وعند التكلم ، لذا اصطفى المشرع للدلالة على معنى الانشاء صيغة الماضي (١) ، لأنها أدل على وقوع وتحقق معنى ايجاد العقد في الحال ، دون غيرها من الصيغ الزمنية ، فكان الماضي ذا ــ حقيقــة شرعية في عرف المشرع ، فينعقد به العقد ، دون حاجة الــى قرينة أو نية ٠

على أن عرف الناس قد جرى على استعمال صيغة الماضي فـــي الايجاب والقبول ، لانشاء العقود ، في عصر الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ بل قبل الاسلام ، والمشرع باصطفائــه هذه الصيغة ، حقيقــة شرعية للتعبير عن ارادة انشاء العقد في الحال ، يكون قد أقر هــذا العرف الاستعمالــي ٠

وأيا ماكان ، فمرد صيغة الماضي مظهرا للتعبير عن التراضي ، بحيث ينعقد بها العقد بذاتها ، دون توقف على أى شيء آخــر ، هو الشرع ، اصطفاء أو اقرارا ، وكذلك في التصرف الانفرادي ، من مثل طلقت وخالعت ، ووقفت ، وأبرأت ٠

هذا ، وصيغة اسم الفاعل ، كصيغة الماضي ، ينعقد بها العقد بذاتها ، من مثل اني موص ، أو واقف ، أو بائع ، تعبيرا عن الايجاب ، وانـــي

---

١) قد وردت في السنة أدلة تفيد استعمال الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ صيغة الماضي في انشاء العقد ٠

مشتر ، أو راض أو قابل ، تعبيرا عن القبول ـ وما ماثله ، كل ذلك ينعقد به العقد ، دون توقف على نية أو قرينة •

على أن العرف في صيغ العقود محكم •

وعلى هذا ، فان صيغة الماضي للأفعال ، اعتبرت ـ في حد ذاتها سببا ينشأ العقد (١) به ، ولو أنها في أصلها اللغوى اخبار ، ـ تقديما للحقيقة الشرعية على الحقيقة اللغوية ، كما أشرنا ، وهذا مما انعقد عليه الاجماع •

٢ ـ صيغة المضارع :

الفقهاء يؤثرون التعبير بصيغة الماضي ، لأنها أدل على الارادة الجازمة في انشاء العقد ، حال التكلم ، وتحقق معناه ، من سواها ، فكانت أفضل ، ولكنها ليست شرطا لصلاحية الصيغة لانعقاد العقد بها حتى اذا عبر العاقدان " بصيغة المضارع " وقامت " القرينة " على ارادة انشاء العقد في الحال ، انعقد العقد بها ايضا ، لكن لابد من ثبوت النية أو قيام القرينة التي تثبت هذا القصد • ذلك ، لأن " صيغة المضارع " ليست متمحضة الدلالة على الحال ، في أصل وضعها اللغوى بل تحتمل الدلالة على المستقبل أيضا ، وترجيح دلالتها على الحال ، انما يكون بالنية والقصد ، أو القرائن الملابسة فاذا قال : أبيعك هذا البيت بمبلغ كذا الآن ، وقال الآخر ، رضيت او قبلت ، انعقد العقد بها ، لقيام " النية " على ارادة انشاء العقد في الحال ، ـ بقوله " الآن " وهي قرينة لفظية تقطع احتمال ارادة معنى الاستقبال

---

(١) فلا تدل حينئذ على ارادة انشاء العقد في الحال ، بل على الوعد مستقبلا ، أو المساومة ، وهذا مما يتنافى مع معنى العقد بداهة •

الذى يفيد الوعد بانشاء العقد في المستقبل او المساومة ،
مما يتنافى مع الارادة الجازمة التي تتجه الى انشاء العقد في الحال
لأنها أساس التعاقد ، أو مناط الانعقاد .
وتفسير اشتراط النية أو قيام القرائن في استعمال " صيغة المضارع "
هو كثرة استعمال هذه الصيغة في الاستقبال (١) ، دون الحال ،
وهو مما يضاد معنى العقد ، وحقيقته ، من حيث كونه انشاء معنى في
الحال ، باتجاه الارادة الحاسمة النهائية الى ذلك ، فلا ينعقد العقد
بهذه الصيغة الا بالنية ، أو بالقرائن الملابسة التي تدل على ترجيح
ارادة الانشاء في الحال ، وقطع احتمال الوعد او المساومة في المستقبل .
وعلى هذا ، فاذا لم تثبت النية ، أو القرينة ، لاينعقد العقد بهذه
الصيغة ، كما قلنا . ومن باب أولى ، لاينعقد العقد بهذه الصيغة
(المضارع) اذا اقترن بها مايدل على تمحضه للاستقبال ، من مثل
السين أو سوف ، حتى ولو نوى بها العاقد الايجاب والقبول ، فلو قال :
سأبيعك سيارتي هذه بمبلغ كذا ، أو سوف أبيعها ، لاينعقد العقد ،
لتمحض هذه الصيغة للاستقبال الذى يفيد الوعد أو المساومة ، فلا تصلح
دليلا على الارادة الجازمة لانشاء العقد في الحال ، ولو نوى ذلك
أخذا بصريح دلالة الصيغة ، أو العبارة أو مايسمى بالارادة الظاهرة .
العرف حجة في ترجيح أحد احتمالات الصيغة الزمنية للفظ .

اتفق الفقهاء على أن " صيغة المضارع " اذا تمحضت للدلالة
على الحال ، عرفا ، انعقد بها العقد ، دون توقف على قرينة

أو نيـــــة (١) وصارت كصيغة الماضي ٠ فالمدار — كما ترى — على العرف في ترجيح أحد احتمالات الصيغة الزمنية ٠

وتفسير ذلك ، ان العرف يخرج الصيغة المحتملة عن أن تبقى مجــالا للشك أو الاحتمال ويعين لها معنى واحد ، يجب المصير اليــــه ، والأخذ به لجريان العرف على استعمالها فيه وحده ، بحيث اضحـــت لاتدل الا عليه ، لذا كان وجوب تقديم الحقيقة العرفية هذه ، علـى الحقيقة اللغوية للصيغة ، أو للفظ ،أصلا من أصول التفسير ، اذ العرف نفسه أصبح هو " القرينة " الدالة على ذلك المعنى المتعين فهمــه من الصيغة حين استعمالها ،واعتباره مرادا للعاقدين من تلك الصيغة اذا استعملاها فيه ، بحكم تواضع الناس عليها ، فضلا عن أنها دليل في الوقت نفسه — على هجر الناس لسائر احتمالات معناها اللغوى ، والا ماجرى تعارفهم عليها ، واحتكامهم اليها ، عند النزاع ٠

هذا ، والاستفهام لاينعقد به العقد ، لأنه ليس انشاء للعقد ،بل طلب الاجابة عن سؤال ، ماعدا عقد الزواج ، فانه يتم بالاستفهـام وبالمضارع ، والأمر على السواء ، لانتفاء احتمال الوعد والمساومة فيـه فضلا عن انعقاده بصيغة الماضي فلو قال : هل تزوجني ابنتك على مهر قدره عشرة آلاف ؟ فقال الولي قبلت ، أو نعم ، تم العقد ٠

٣ — فعل الأمـــــر :

قدمنا أن " صيغة الماضي " ينعقد بها العقد اجماعا ، دون أن تتوقف على شيء آخر ، لانها تعينت بذاتها ، للدلالة على ايجاد

---

١) البحر الرائق : جـ٥ ص ٢٦٤ — مجمع الأنهر : جـ٢ ص ٤ ٠
وقولنا : تمحضت — أي تعينت وحدها دون سواها ٠

العقد في الحال ، وعند التلفظ بها ، وهذا هو معنى العقد أخذا بظاهر هذه العبارة ، أو الصيغة ، أو ما يسمى بالارادة الظاهرة كما أشرنا .

وأما " المضارع " فان تعينت دلالته على ذلك ، عرفا ، كان كالماضي " في الحكم ، لأن العرف يقطع احتمال الاستقبال ، فيؤخذ حينئذ بظاهر الصيغة ، دون توقف على شيء آخر من قرينة أو نية . اذ الدلالة العرفية للصيغة حجة .

أما اذا لم يجر بصيغة المضارع عرف ، فلا بد حينئذ من القرينة التي ترجح ارادة الانشاء في الحال ، دون احتمال الاستقبال .

هذا ، وما يقال في " صيغة المضارع " يقول أيضا في " صيغة الأمر " فاذا أريد به الحال ، وثبتت النية أو القرينة التي تدل على ذلك ، انعقد العقد ، وهذا هو رأى مالك والشافعي وأحمد ، اذ ليس ثمة فرق — في اجتهادهم — بين المضارع والأمر .

فاذا قال : بعني هذا المنزل بمائة ألف ، ايجابا ، فقال الآخر ، قبلت ، أو رضيت ، أو اشتريت ، تم العقد .

أو قال مريد الشراء ايجابا ، اشتريت منك هذا البيت بمبلغ كذا ، فقال الآخر هات الثمن ، انعقد البيع .

هذا اذا جرى العرف باستعمال صيغة الأمر في الايجاب أو القبول ، على السواء ، للدلالة على ارادة ايجاد العقد في الحال ، ولا يبحث عن القرينة أو النية ، لأن العرف كاف ، اذ هو القرينة أو الدليل على ترجيح معنى ارادة الانشاء حالا ، على أى احتمال آخر ، ولا فرق بين عقد وعقد ، وبذلك تحمل صيغة الأمر على معنى ارادة انشاء

العقد ، أو على الايجاب والقبول ، بقرينة العرف ، دون معناها الأصلي ، وهو طلب ايجاد المأمور به في المستقبل .

أما اذا لم يجر العرف بذلك ، فلا ينعقد العقد ، مع قيام احتمال المساومة أو الوعد فلا بد من الترجيح بثبوت القرينة ، كما قدمنا في صيغة المضارع .

وأما الحنفية ، فالواقع أنهم لايخالفون عن هذا الأصل .

غير أنهم قالوا فيما يتعلق بعقد البيع خاصة ، ان صيغة الأمر تحتمل الدلالة على ارادة المساومة ، أو الوعد ، لأن هذه الصيغة ـ في أصل وضعها اللغوى ـ تفيد طلب ايجاد الفعل في المستقبل ، ومع هذا الاحتمال لاتكون قاطعة الدلالة على ارادة انشاء العقد حالا ، أو لم تعد متعينة الدلالة على ذلك ، اذ مدار الأمر على تعين الدلالة، وأغلب الظن ، أن مايلابس " عقد البيع " خاصة من احتمال المساومة هو الذى حملهم على هذا الرأى .

يرشد الى هذا ، أنهم قالوا بانعقاد الزواج بصيغة الأمر ، وعللوا ذلك بانتفاء احتمال المساومة فيه ، اذ لايكون الاقدام على عقده عادة الا بعد الفراغ من الخطبة ، ومن المفاوضة ، والمشاورة ، وتقدير المهر ، وهذا قرينة على نفي احتمال المساومة ، بخلاف " البيع " .

وعلى هذا ، فان لازم مذهب الحنفية ، القول بانعقاد العقد ـ بصيغة الأمر ، اذا انتفى احتمال الوعد أو المساومة ، بأن جرى "العرف" باستعمال صيغة الأمر في ابرام العقود ، لأن العرف ينقل الصيغة من معناها الأصلي ، ليجعلها متعينة الدلالة على ارادة الايجاب والقبول أو معنى الانشاء في الحال ، دون أى احتمال آخر ، وبذلك يلتقي

الحنفية مع الجمهور في حكم استعمال صيغة فعل الأمر في انشاء — العقود ، أما اذا لم يجر باستعمالها العرف ، فحكمها عندئذ ، حكم صيغة المضارع المحتملة ، لاينعقد بها الا اذا دلت القرائن على ذلك (١) .

فتلخص ، ان المعول عليه في استعمال صيغة المضارع أو صيغة الأمر في انشاء العقود ، هو وضوح الافهام أو تعين الدلالة على ارادة انشاء العقد حالا ، أما باثبات دلالة القرينة المصاحبة للتلفظ بها ، اذا كانت الصيغة محتملة ، أو جريان العرف باستعمالها في هذا المعنى وحده لأن العرف — كما ذكرنا — يخرج الصيغة المحتملة عن أن تبقى محلا للشك والاحتمال ، ويجعلها متعينة الدلالة على ارادة انشاء العقد ، حالا ، وبذلك ينزل الفقه الاسلامي " صيغ العقود " على عرف الناس في مخاطباتهم وتعاملهم ، اذ هو الأساس في تبين مقصودهم ، من صيغهم ، تيسيرا لهم ، ورفعا للحرج عنهم ، وتحقيقا لمصالحهم التي اتجهت رغائبهم اليها (٢) .

الفرع الثالث
وسائل التعبير عن الارادة

(صيغة العقد) بغير اللفظ

الأصل في التعبير عن الارادة ، هو النطق ، مظهرا لها ، كما نوهنا ، غير أن ثمة وسائل أخرى تفصح أيضا عن المعاني النفسية ، تقوم مقام اللفظ ، ويتحقق الايجاب والقبول بها ، في الفقه الاسلامي ، وهي :

---

١) راجع أحكام المعاملات الشرعية : ص ٢٢٠ — ٢٢١ للشيخ علي الخفيف

٢) المرجع السابق .

الكتابة ، والاشارة ، والمبادلة الفعلية (التعاطي) الدالة على التراضي •

آ ـ الكتابة :

القاعدة العامة أن " الكتاب كالخطاب " (١) كما قدمنا ، ومفاد هذا ، أن التعاقد بالكتابة ، (٢) كالمشافهة والنطق في الحكم ، من حيث كونهما مظهرا للارادة ، يناط انعقاد العقد ووجوده ، شرعا بهما ، كما ينعقد بغيرهما أيضا من الفعل والاشارة ، مما يقوم ، مقام التراضي ، على ماسيأتي بيانه ، لخفاء حقيقة الارادة أو الرضا ، دفعا للحرج أو لقيام الضرورة •

هذا ، والكتابة بما هي أداة للتعبير عن الارادة الجازمة ، يصح التعاقد بها بين حاضرين ، كما يصح بين غائبين ، على الأصح ، لوحدة المناط وهو وضوح الدلالة وقوة الافهام ، وهذا ينتظم سائر العقود •

غير أن الفقهاء استثنوا من هذا الأصل ، " عقد الزواج " فلم يجيزوا التعاقد فيه بالكتابة بين حاضرين ، ضرورة تمكين الشهود من سماع الصيغة في وقت واحد ، الا عند قيام العذر من العجز عن النطق بخلاف ما اذا كان بين غائبين ، لضرورة الغيبة ، فيجوز بالكتابة •

والغيبة ضرورة أو عذر استدعى جواز التعاقد بالكتابة مطلقا ، رفعا للحرج وسواء أكان العقد عقد معاوضة مالية ، أم عقد زواج ، أم تصرفا انفراديا ، كالطلاق والزوجة غائبة ، أم غير ذلك من العقود •

---

(١) المجلة / مادة ٦٩ (٢) وان كان النطق هو الوسيلة الاولى والأيسر استعمالا ، والأوضح تعبيرا وافصاحا ولذا كانت هي الافضل •

هذا ، واذا جاز التعاقد بالكتابة بين حاضرين ، على الأصح كالنطق ، لوضوحها ، وقوة دلالتها ، فلأن تجوز بين غائبين من باب أولى ، لمكان عذر الغيبة •

والقاعدة : ان الكتاب من الغائب ، كالنطق من الحاضر •

شروط انعقاد العقد بالكتابة :

هذا ، ويشترط لانعقاد العقد بالكتابة مايلي :

١ — أن تكون الكتابة مستبينة ، وهذا اصطلاح فقهي قديم يقصد به أن تكون مكتوبة على قرطاس أو ماشابه ، لتثبت وتستقر •

٢ — أن تكون "مرسومة" بمعنى أن يكون موثوقا بصدورها من العاقدين وأن تفرغ في صيغ قد اعتاد الناس اتخاذها للتعبير عن قصدهم لمضمونها ، على النحو الذى يتعارف عله التجار مثلا من صيغ يتخذونها في كتاباتهم لصكوك الدين ، أو صيغ عقود الاجارة أو بيع العقارات ، وموقعة في المكان المعد للتوقيع ، فضلا عن تصديرها ببيان اسم كل من طرفي العقد ، اذا كان ثنائيا ، بحيث لايكون في كل اولئك محل للشك أو التردد أو الابهام •

٣ — اتصال القبول بالايجاب في مجلس قراءة الكتاب من قبل من وجه اليه الايجاب (المرسل اليه — القابل) •

قدمنا أن التعاقد بالكتابة ينعقد به العقد ، كالتعاقد بالنطق سواء بسواء ، — على الأصح — لاستوائهما من حيث أصل الدلالة على ارادة انشاء العقد • وقدمنا أيضا ، أن الدلالة قائمة مقام التراضي ، فكانت مناط حكم الشارع بانعقاد العقد ، لذلك سواء أكان العاقدان

حاضرين ، أم كان أحدهما حاضرا والآخر غائبا .

وعلى هذا ، فاذا صدر الايجاب من أحدهما كتابة ، وصدر القبول من الآخر ، كتابة أو قولا ، في مجلس العقد ، وهما حاضران ، انعقد العقد ، لاتصال القبول بالايجاب .

وكذلك الحكم فيما اذا كان أحدهما حاضرا والآخر غائبا ، فكتب أحدهما : أني قد بعتك سيارتي ، بمبلغ كذا ، فاذا صدر القبول من الآخر اثر وصول الرسالة اليه ، وقراءتها وتفهمه لمضمونها ، كتابة أو قولا ، انعقد العقد لاتصال القبول بالايجاب .

اذن من شروط انعقاد العقد ، اتصال القبول بالايجاب ، مطلقا سواء أكان العاقدان ، حاضرين أم غائبين .

وهذا الاتصال لايكون الا في مجلس العقد ، على ماسيأتي بيانه ومجلس العقد بالنسبة للغائبين المتعاقدين كتابة ، هو مجلس قراءة الرسالة ، فلا بد أن يتم اتصال القبول بالايجاب فيه ، وقبل انتهائه والا فلا يتم العقد .

على أن " الغيبة " ليست شرطا في صحة التعاقد بالكتابة ، على ماذهب اليه الحنفية ، اذ لايجيزون التعاقد بها الا عند التعذر ـ كالغيبة ، بل يصح التعاقد بها حال الحضور أيضا ، على الأصح وهو مذهب الشافعية ، لما بينا .

---

١) ذهب بعض الفقهاء الى أن التعاقد بالكتابة ، لاينعقد العقد بها الا عند الضرورة ، وهي الغيبة والارجح مابينا في المتن ، من أن النطق والكتابة سيان من حيث الحجية ، لتحقق المناط فيهما ، وهو الدلالة الواضحة على الارادة .

التعاقد بين غائبين بواسطة الرسول :

لايتغير وجه المسألة بين أن تكون الرسالة كتابية ، أو برقية ، أو تكون شفهية يحملها رسول ، ذلك ، أن الرسول سفير ومعبر ، ينقل ايجاب المرسل مشافهة ، حتى اذا وصل الرسول مقرّ من وجه اليه الايجاب ، وبلغه ايجاب المرسل ، مشافهة ، وقبله المرسل اليه في مجلس التبليغ ، انعقد العقد في حكم الشرع ، واعتبر الرسول بمثابة الموجب المرسل نفسه ، وبذلك يتم الاتصال بين القبول والايجاب ، وهو من شروط الانعقاد ، كما نوهنا .

ب - التعاقد بالاشارة :

الاشارة المفهمة دلالة عرفية خاصة ، اقتضتها الضرورة بالنسبة للأخرس أو معتقل اللسان (١) واستقرت في ذلك قاعدة عامة في الفقه الاسلامي مؤداها أن " الاشارة المعهودة للأخرس ، كالبيان باللسان " (٢) . أما أنها دلالة عرفية ، نواضح ، لكونها

---

١) معتقل اللسان هو من كان قادرا على النطق ، ثم اعتقل لسانه لمرض ، بخلاف الأخرس الاصلي .

٢) المجلة ، مادة ٧٠ . هذا ، والحنفية ، في رأي عندهم أن اشارة معتقل اللسان ، لايعتد بها شرعا مالم تستمر عقلته مدة ، ليتأتى ان تصبح معتادة في الافهام ، على خلاف في تحديدها من ستة أشهر ، الى سنة . والراى الآخر ، أنها لايعتد بها ، مالم تستمر عقلته حتى الموت ، وفي هذا حرج كبير وتعطيل لمصالحه طوال حياته ، والشرع يأباه ، لذا كان الراى الاول أرفق بالناس وادفع للحرج . ابن نجيم : ج ٣ ، ص ١٨٦ ١٩٩ . السيوطي : ص ٣٣٤ - ٣٣٨ .

لاتقوم على التعبير اللغوى أصلا ، لانطقا ، ولا كتابة ، بل على ماعتاد الناس أن يفهموه منها حين التعبير بها ، وهذا معنى كونها " معهودة "

وأما أنها خاصة ، فلكونها اعتبرت حجة في الافصاح عن الارادة الباطنة ، بالنسبة للعاجز عن النطق وعن الكتابة على وجه الخصوص ، فاشارة الاخرس المعهودة تقوم مقام عبارة الناطق وكتابته ، ايجابا أو قبولا ، ولا يعتبد بها في حق القادر على النطق أو على الكتابة ، عند الشافعية والحنفية في رواية ، وهو الأصح •

وأما أنها ضرورية (استثنائية) فلأن العاجز عن النطق والكتابة ، لايتمكن من التعبير عن ارادته (ايجابا أو قبولا ، الا باشارته المعهودة ، فكان العجز ضرورة اقتضت اعتبارها ، استثناء ، والا تعطلت مصالحه طوال حياته •

هذا ، ولا يشترط في الاشارة ، الا أن تكون مفهمة ، وقد اعتاد الناس ادارك المقصود منها عند التعبير بها ، والا كانت لغوا •

هل الاخرس القادر على الكتابة تقبل منه اشارته المعهودة

في التعبير عن الارادة في فقه المذاهب :

تستوى ـ عند الجمهور ـ الاشارة والكتابة من الأخرس القادر على ـ الكتابة ، من حيث الاعتداد بكل منهما شرعا ، بحيث يختار ماشاء منهما للتعبير عن ارادته ، لاستوائهما في الحجية ، سواء عبر بها عن القبول أم الايجـــــاب •

وهذا مبني على أصل استوائهما من حيث كون كل منهما اداة ضرورية استثنائيـة فيستويـان لذلك ، حكما واعتبارا •

غير أن الشافعية (١) ورواية عن الحنفية (٢) ، ان الاخرس أو معتقل اللسان ، لاتقبل اشارته المفهمة اذا كان قادرا على الكتابة لأنها تعينت في حقه ، فلا يصح العدول عنها الى الاشارة .

وعمدتهم (٣) في ذلك ، أن "الكتابة" أدل على المقصود (٤) ، أوقصد البيان فيها معلوم حسا وعيانا ، بخلاف الاشارة ، لما يعتريها من الغموض والاحتمال ، وهذا الاتجاه اقوى دليلا كما ترى .

على أن مبنى التسوية بين الكتابة والاشارة ـ في اجتهاد الجمهور من حيث ان كلا منهما ، أداة ضرورية (استثنائية) منقوض ، ذلك أن "الكتابة" تستوى ـ على الأصح ـ مع النطق من حيث قوة الافصاح عن الارادة ، لامع الاشارة ، فكانت لذلك اداة أصلية ، لاضرورية تقوم على الاعذار والضرورات ، لأن صلاحيتها الدلالية ذاتية ، وهذا مانرجحه .

المالكية والحنابلة يعتدون بالاشارة ، اعتدادهم بالنطق والكتابة ، على أنها اداة عرفية أصلية عامة للتعبير عن الارادة بالنسبة للكافة ، ينعقد بها العقد ، فضلا عن العاجز (٥) عن النطق والكتابة ، شريطة أن تكون مفهمة .

---

١) نهاية المحتاج : جـ ٣ ص ٣٨٥ .

٢) رد المحتار : جـ٥ ص ٦٤٥ ، مجمع الأنهر : جـ٢ ص ٧٣٢ ، الاشباه والنظائر : لابن نجيم ٣ ص ١٩٩ ـ ٢٠٢ ، الاشباه والنظائر : ص ٣٣٨ للسيوطي .

٣) فتح القدير : جـ٢ ص ٣٥٠ ، البدائع جـ ٥ ص ١٣٥ .

٤) المقصود هنا : هو الارادة ايجابا أو قبولا .

٥) أشرنا الى أن الحنفية ، لايعتدون باشارة معتقل اللسان ، اذ

يذهب المالكية والحنابلة الى أن الاشارة حجة كالنطق والكتابة ، على السواء (١) وعلى هذا ، فالاشارة ليست أداة استثنائية (ضرورية) تقوم على العجز أو الضرورة ، بل هي أداة أصلية عرفية عامة ، للتعبير عن الارادة ، بالنسبة للكافة ، فضلا عن العاجز عن النطق والكتابة فيما يصدر عنهم من التصرفات والعقود ، ما عدا عقد النكاح مذهبا منهم الى أن المناط هو الافهام "عرفا ، أو وضوح الدلالة ، وهذا متحقق في الاشارة بداهة ، فكانت لذلك حجة ، ينعقد العقد بها ، شأنها في ذلك شأن النطق والكتابة على السواء ، والتمييز تحكم .

هذا ، ويرون أيضا ان الاشارة أبين دلالة من المعاطاة ، فاذا جازت هذه أصالة ، جازت تلك من باب أولى ، هذا في اجتهاد المالكية والحنابلة

ونحن نرجح رأي الجمهور ، اذ لا ضرورة تقتضي الاشارة ، حيث تتحقق القدرة على النطق ، أو الكتابة ، اذ الدلالة فيهما ما صريحة ، وفي

لاتكون مفهمة الا اذا امتدت العقلة ، على خلاف بينهم في مدى مدتهما من ستة أشهر الى سنة ، أو الى الموت
غير أن الشافعية يقبلون اشارة معتقل اللسان كالاخرس ، اذا كانت مفهمة قبولا او ايجابا ، دون اشتراط المدة ، ما دامت مفهمة فتح القدير : ج ٢ ص ٣٥٠ ، رد المختار : ج ٥ ص ٦٤٥ ، شرح الخرشي ج٣ ص ٣٦١ وج ٥ ـ ص ٤١١ المغني ، ج ٦ ص ٤٨٨ ، الاشباه والنظائر ـ للسيوطي : ص ٣٣٨ ـ نهاية المحتاج : ج ٣ ـ ص ٣٨٥ ـ مواهب .

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ج ٣ ص ٢ ، الحطاب ج٤ ص ٢٢٩ المغني : ج ٣ ص ٥٦٢ .

الاشارة ضمنية ، والصريح أقوى وأوضح في الدلالة على المقصود من الضمني الذى يعتريه الخفاء والابهام في كثير من الأحيان .

أما القول بأن الاشارة أقوى دلالة من المعاطاة ، فعلى التسليم بصحته ، فنحن نجيز التعاقد بالاشارة في مواطن الضرورة اولا ، وفي الحالات التي تقتضي طبيعتها سرعة الانجاز أيضا كما في بعض المعاملات التجارية التي جرى العرف بالاعتداد بالاشارة المتداولة فيها ، دون نزاع ، ولا ضرورة في اتخاذها أداة أصلية عامة بالنسبة للقادر على النطق أو الكتابة ، للتعبير عن الارادة في عامة الاحوال ، وفي سائر العقود والتصرفات ، جليلها وضئيلها ، خطيرها وتافهها ، على السواء ، اذ من المعاملات ، ماتستدعي خطورة شأنه ، قوة اداة التعبير التي تناسبها فلا يعدل عنها الى الأضعف ، تحقيقا للمصلحة ، وضمانا للتيقن من الرضا الكامل ، وسدا لباب النزاع في خطير الشأن من الأمور .

على أن القول بأن الاشارة أقوى دلالة من المعاطاة ، فيه نظر بل العكس أدنى الى الصواب ، ذلك لأن المعاطاة بما هي أخذ وعطاء تنهض بالدلالة على تنفيذ العقد ، واداء التزاماته فعلا وعيانا ، وهذا يستلزم عقلا ، وعرفا ، سبق قيام العقد ، ووجوده ، فكان هذا أدل من الاشارة التي يعتريها الابهام والاحتمال .

ج ـ التعاقد بالدلالة :

سبق أن بينا ، أن التعبير عن الارادة قد يكون بالقول والكتابة والرسالة الشفهية والاشـــارة .

بقي أن نبحث وسيلة التعبير بفعل لاتدع ظروف الحال شكا فـــي

دلالته على الرضا وهذا الفعل - دون أن يصحبه ايجاب وقبول - ينطوى تحت صورتان .

أولاهما : التعاطي (المعاطاة)

الثانية : لسان الحال (دلالة الحال) .

١ - أما التعاطي : وهو المبادلة الفعلية للعوضين والدالة على الرضا ، عرفا ، دون أن تقترن بايجاب وقبول ، فقد عبر عنها الامام الكاساني ، بأنها أخذ وعطاء (١) ، وينشأ العقد بها اذا تعارف الناس عليها ، عند الجمهور ، سواء أكانت في عقد بيع أم اجارة ، أم هبة أم اعارة ، أم غير ذلك ، وهو مذهب الحنفية (٢) ، ورواية عن أحمد والمالكية (٣) ، ورأى أصحاب الشافعي (٤) .

هذا ، وذهب فريق من الفقهاء الى أن المبادلة الفعلية ينشأ بها العقد ، في النفيس والتافه ، مادام قد جرى بها العرف ، وهذا هو مذهب الحنفية ، والمالكية ، والحنابلة ، خلافا للشافعي والشيعة ، حيث قصروها على التافه دون النفيس .

على أن متأخرى الحنابلة (٥) ، والامام مالك ، قد أجازوا التعاقد

---

١) البدائع : جـ ٥ - ص ١٣٤ .

٢) فتح القدير مع العناية : جـ ٥ ص ٧٧

٣) الفروق : جـ٢ ص ١٧٧ للقرافي .

٤) أحكام المعاملات الشرعية ص١٩٣ - ١٩٤ على الخفيف - المغني جـ٣ ص ٥٦١ .

٥) الامام ابن تيمية - القواعد النورانية الفقهية ص ١٠١ - ١١٥ - طبعة أولى ١٣٧٠ ، حيث يقول : والقاعدة ان العقود تصح بكل مادل على مقصودها من قول أو فعل ، يدل على ذلك أصول الشريعة اذ اكتفى الشارع بالتراضي في البيع في قوله : الا أن تكون تجارة عن

بالتعاطي ، مطلقا ، سواء جرى به العرف ، أم لم يجر ، ما دام الفعل دالا على ارادة انشاء العقد ، من الجانبين وسواء أكان في النفس أم التافه من الاشياء .

وعلى هذا ، فكل ما يظهر ارادة المتعاقدين ، - في اجتهاد هؤلاء - من قول أو فعل أو اشارة ، أو كتابة ، ينشأ العقد به ، ويعتبر اداة طبيعية عامة للتعبير عن أساس التعاقد وهو التراضي في سائر العقود ، ما عدا عقد النكاح ، كما أسلفنا ، وقد بينا وجهة نظرنا في الاشارة .

ويقول الامام مالك في هذا الصدد : " يقع البيع بما يعتقده الناس بيعا " (١) وهذا بعمومه يشمل اللفظ والكتابة والاشارة (٢) والفعل وعقد البيع وغيره في هذا المعنى سواء ماعدا عقد الزواج ، فلا ينعقد بالكتابة بين حاضرين ، ولا بالاشارة ولا بالتعاطي ، أجماعا ، لخطورة شأنه ، وعظيم أثره ولتمييزه عن المخادنه ، والمعاشرة غير المشروعة .

العقود التي يجرى فيها التعاطي :

يجرى " التعاطي " في عقود المعاوضات المالية ، كالبيع والاجارة

تراض منكم " ويطيب نفس في التبرع " فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا " ... ولم يشترط لفظا معينا يدل على التراضي ، وعلى طيب النفس والناس تعلم التراضي وطيب النفس بطرق متعددة ، من الاقوال والافعال " المرجع السابق .

١) المغني : ج ٢ ص ٥٦١ - ٥٦٢ - المدخل للفقة الاسلامي ص ٥٤٠ - للاستاذ سلام مذكور - طبعة ١٩٦٠ م .

٢) ماعدا الاخرس ومعتقل اللسان

والصرف ، والاقالـة ، والصلح على مال ، والقسمة ، لما تتضمن من معنى المفاوضة ، كما يجرى في غير المعاوضات كالاعارة والهبة (١)

ومن ذلك ، الاشتراك في الهاتف ، والمياه ، والكهرباء ، مما يسمى " عقود الاذعان " (٢) لأن المؤسسات المختصة تقوم بتوصيل ذلـك الى المنازل بناء على طلب من نماذج معدة ومرسومة .

ومن ذلك أيضا شراء المجلات والصحف دون ايجاب وقبـــول وقطع بطاقات الركوب في وسائل المواصلات كافة جوا وبرا وبحرا ، ومـا الى ذلك مما يشكل جانبا كبيرا من حياتنا العملية الذى يقوم علـى التعاقد بالتعاطي (٣) ، في ضئيل المال وكثيره (٤) .

---

١) المجلة : م ٨٠٤ و ٨٣٩ .

٢) المدخل الفقهي العام جـ١ ص ٣٥٣ ـ ٣٥٦ للأستاذ الزرقاء .

٣) هذا ، والاصح ، أنه لايشترط أن يكون التناول من الجانبيـن ، لينشأ العقد بالتعاطي ، فاذا جرى التناول من أحد العاقدين للمبيع أو الثمن ، تم العقد ولزم ، وذلك بأن يأخذ المشترى المبيع برضاء البائع بعد إن يتفق معه على الثمن ، دون أن ينقد المشترى الثمن للبائع ، أو أن يدفع المشترى الثمن للبائع ، ثم يذهب دون أن يقبض المبيع ، فالعقد يتم ويلزم في الحالين على السواء ، ولو كان التناول من جانب واحد ، للمبيع ، أو الثمـن ـ البحر الرائق : جـ ٥ ص ٢٥٨ ـ ٢٦٩ و ٢٧٠ ـ مجمـع الانهر مع الحاشية : جـ ٢ ص ٦ خلافا لبعض الحنفية الذين ـ يذهبون الى أن التناول من جانب مقصور على ما اذا كان المقبوض هو المبيع ، لينشأ به العقد ، لانه الاصل ، في عقد البيع ـ المدخل الفقهي : جـ١ ص٣٥٤ للأستاذ الزرقاء .

٤) يعبر بالخسيس في الفقه الاسلامي عما كان ثمنه قليلا ، كالجرائد والصحف ، وقطع الحلوى .

هذا ، وخالف في التعاقد بالتعاطي ، فيما عدا التافه من الاشياء ، الشافعي (١) والشيعة ، وحجتهم في ذلك مايلي :

١ ـ ان الدلالة اللغوية هي الاصل ، لقوتها ووضوحها في التعبير عن الارادة ـ نطقا أو كتابة ـ وليس كذلك الفعل ، لما يعتريه من الابهام والاحتمال ، ومن المقرر فقهيا ، أنه لايترك الأصل الى البدل الا لضرورة ، والأداة اللغوية ممكنة ، أما في المواطن التي تقتضي الضرورة سرعة الانجاز ، فقد أجزنا التعاطي ، في هذه الأمور دفعا للحرج ، وتحقيقا لمصالح الناس ، ولا سيما في التجارة ، والأمور المعاشية اليومية .

وأيضا ، حرمة مال الغير ثابتة قطعا ، فلا تحل بالاحتمال والظن بل لابد من تحقق الرضا الكامل ، وهذا لايظهر الا بالارادة اللغوية نطقا أو كتابة ، لقوتها في الافصاح والابانة ، دون احتمال ، تحقيقا للرضا الكامل ولا سيما في الأمور الخطيرة ، وليس كذلك الفعل .

ونحن نرجح ماذهب اليه الجمهور ، لما فيه من اليسر ، ولتعلق مصالح الناس به ، وأما خشية المخالف من الاحتمال والابهام ، فمدفوع ، لأن الجمهور لم يعتدوا به باطلاق بل اشترطوا تحقق الرضا ، حتى اذا قامت القرائن على انتفائه ، بطلب حجية الفعل ، فلا ينشأ به العقد لفقدان أساسه ، وهو الرضا .

---

* والفواكه والخضار ، وسائر المواد الغذائية الاستهلاكية التي تجرى المعاوضة فيها يوميا ، وما اليها . وأما النفيس ، فمن مثل الذهب والفضة والسيارات والعقارات من الأبنية والاراضي على أن المعيار فيها أمر نسبي .

(١) المهذب : جـ١ ص ٢٥٧ ، الوجيز : ص ١٢٣١ ، مفتاح الكرامة جـ ٤ ص ١٥ .

شروط صحة التعاقد بالتعاطي :

يشترط لصحة التعاطي أمران :

أولهما : أن يدل على تحقيق التراضي .

الثاني : تحقق الفعل الدال عليه ، من المبادلة أخذا وعطاء ، من الجانبين ، أو من جانب واحد (١) ، على الأصح ، كما بينا (٢)

٢ — دلالة الحال :

ماسبق كان نوعا من التعاقد بالتعاطي الدال على التراضي ، عرفا ، وقد اتخذ وسيلة المبادلة الفعلية للعوضين ، كما بينا .
وأما دلالة الحال ، فينشأ بها العقد ، أيضا ، لأنها نوع من التعاقد عن طريق الدلالة العرضية ، ولكن وسيلتها " السكوت " وهو أمر سلبي لافعل ايجابي ، كالتعاطي على أن " دلالة الحال " هذه ، لاتكون

(١) يرى بعض الفقهاء ، أن الأخذ أو العطاء ، من جانب واحد ، لاينعقد به العقد ، بل لابد أن تكون مبادلة فعلية ، باعتبارها قائمة مقام الايجاب والقبول .
ويرى فريق آخر أن العقد ينعقد اذا كان أخذ أو عطاء من جانب واحد ، وكذلك لايلزم فللآخذ ، أو المعطي ، أن ينقض العقد (بفسخه) ويرد ماأخذ ، أو يسترد ماأعطى ، ويعقد عقدا جديدا ان شاء على شيء جديد والأصح أنه ينعقد ويلزم ولو من جانب واحد كما بينا .

(٢) لاوجه لما ذهب اليه الامام الشافعي رحمه الله ومن معه ، من قصر التعاقد بالتعاطي على توافه الاشياء ، أى قليلة الثمن أو العوض فليس ذلك شرطا على الاصح ، لحاجة الناس الى جريانه في عامة

الا قبولا ، ولا تصلح للايجاب ، اذ الايجاب لا يتأتي بالسكوت المجرد ، بل لا بد من فعل ايجابي ، بخلاف التعاطي ، فقد يكون ايجابا وقد يكون قبولا .

مثال ذلك ، عقد الوديعة ، ينعقد بلسان الحال ، بأن يترك شخص متاعه بين يدى آخر ويذهب ، وهذا الذى أودع المتاع بين يديه ساكت لم يبد رفضا ، ولا تنصلا ، فينعقد العقد بذلك دلالة ، ويصبح مودعا لديه مكلفا بالحفظ ، بحيث اذا قصر أو تعدى ، كان ضامنا (١) .

حكم السكوت كوسيلة للتعبير عن الارادة استثناء في الفقه الاسلامي :

السكوت في حد ذاته ، مجردا عن القرائن والظروف الخارجية الملابسة ، لا يصلح دليلا على الارادة ، ولا يعتبر في حكم التعبير أصلا ، فلا يقوم بالتالي ، مقام ايجاب ولا قبول ، لانه عدم ، أو أمر سلبي محض ، بل السكوت هو الحال الاصلية التي ينتفي معها البيان أو الدلالة على شيء يقينا ، وعلى هذا استقرت القاعدة في الفقه الاسلامي " لا ينسب لساكت قول (٢) .

ولذا ، فان اعتباره في حكم التعبير والبيان ، أمر استثنائي

شؤونهم ومعاملاتهم ، مادام واضح الدلالة على المقصود ، وهو تحقيق الرضا ، ولا سيما أن هذا النوع من التعاقد قد أصبح يمثل جانبا كبيرا من حياتنا في التعامل ، كما أشرنا .

وأما اشتراط أن يتحقق المبادلة من الجانبين ، فقد بينا ما هو وجه الحق فيه .

١) المدخل الفقهي العام : جـ١ ص٣٥٨ ـ للاستاذ الزرقا .

٢) المادة ٦٧ من المجلة .

طارئ غير يقيني ، لأنه خلاف الأصل ، فإذا كان على خلاف الأصل فلا بد من دليل أو قرينة تدل عليه ، أو توجيه كضرورة مقتضية (١) ، أو دفع ضرر عن الناس ، أو تجنيبا لهم من الوقوع في الغرر ، أو لحال تلابس الساكت نفسه توجب اعتبار سكوته بيانا ، الى غير ذلك من القرائن والظروف التي توجه السكوت الى أن يكون بيانا ، وتجعله في حكم القول والتعبير ، وقد يكون العرف من تلك العناصر الموجهة ، وهي التي أشار اليها الفقه الاسلامي في استدراكه على القاعدة السابقة : " لكن السكوت في معرض الحاجة بيان " .

وهذا نظر سديد ، اذ لا يلزم الساكت بأن يبين ، قبولا أو رفضا ، في كافة المواقف والأحوال ، والا اعتبر قابلا حكما ، لما في ذلك من الزام له بلا موجب ولا مسوغ ، وايقاع الناس في ضرر بالغ ، ومشاق غير معتادة وكل من الضرر والحرج مدفوع في الدين .

هذا والعناصر الموجهة ، أو القرائن والعرف ، والأحوال الملابسة للسكوت ، هي المقصودة في الاستدراك على القاعدة ، والقائل : " في معرض الحاجة " . ومن معرض الحاجة ، ضرورة دفع الضرر ، أو الغرر عن الناس ، أو الحال الملابسة للساكت نفسه التي تقتضي ضرورة اعتبار سكوته بيانا ، وقد يكون " العرف — كما قلنا — قرينة على اعتبار السكوت بيانا في كثير من المواطن ، والدلالة العرفية — كما نعلم — معتبرة شرعا في التعبير عن الارادة .

---

(١) انظر هذا البحث مفصلا في مصادر علم الأصول ، في " بيان الضرورة " وراجع المدخل الفقهي : جـ ٢ ف ٥٨١ — للأستاذ الزرقا المدخل الفقهي ص٥٣ للدكتور أحمد الكردي .

١ _ ومن تطبيقات هذه القاعدة ، لو سكن شخص في دار آخر _ دون عقد _ وهي غير معدة للاستغلال (١) فسكت مالكها ، لايعتبر قابلا باجارة ولا بيع ، ولا تعد الدار بالتالي مؤجرة ولا مبيعة (٢) بخلاف ما اذا كانت " معدة للاستغلال " فذلك قرينة تجعل السكوت ذا دلالة على القبول .

٢ _ اذا كان هناك تعامل سابق بين العاقدين ، واتصل الايجاب من أحدهما بهذا التعامل ، كان سكوت الطرف الآخر قبولا ، لا بالنظر الى السكوت في حد ذاته ، بل لقرينة التعامل السابق . فلو أن صاحب مطعم مثلا اعتاد شراء المواد الغذائية اللازمة لمطعمه ، من تاجر معين ، وقد أرسل الى هذا التاجر يطلب كمية من هذه المواد ، فسكت التاجر ، اعتبر سكوته قبولا ، وتم العقد بينهما ، لقرينة التعامل السابق ، وأجبر التاجر على توريد تلك المواد .قضاء ان لم يرسلها طوعا ، تنفيذا لالتزامه الناشئ عن هذا العقد دفعا للضرر عن صاحب المطعم ، ولولا هذه القرينة لبقي السكوت على حالته الاصلية ، من عدم دلالته على شيء .

٣ _ سكوت الشفيع عن طلب حقه في الشفعة بعدما علم ببيع العقار ، يعتبر بيانا على ارادته لاسقاط حقه فيها ، ضرورة دفع التغرير عن

---

١) أي للايجار . (٢) شرح المجلة : جـ ١ ص ١٣١ _ للاستاذ منير القاضي _ الاشباه والنظائر : جـ١ ص ١٨٤ _ لابن نجيم وللسيوطي : ص ١٥٨ _ ١٥٩ _ والمدخل الفقهي : جـ ٢ ف ٥٨١ _ للاستاذ الزرقـــا .

المشترى ، اذ لو لم نعتبر سكوته بيانا في مثل هذه الحال لأضر
لطالب الشفيع بحقه ، وقد يكون المشترى قد بنى أو غرس في العقار
وهذا تغرير لاتقره الشريعة ، ولا عد لها في التعامل ، فكانت
هذه الحال الملابسة ، ضرورة اقتضت اعتبار السكوت بيانا ، دفعا للضرر ؛
كما قلنا ، ولذا يطلق عليه الأصوليون : بيان الضرورة .

٤ ـ سكوت الفتاة البكر بعد استئذان وليها لها ، لتزويجها (١)
يعتبر قبولا أو اذنا لضرورة حيائها الذى يمنعها من التصريح
بالاذن عرفا ، فكانت هذه الحال ضرورة اقتضت اعتبار سكوتها
قائما مقام الاذن الصريح ، فكان سكوتها دلالة عرفية أو حالية
على الاذن ، بدليل أنها لو لم تكن راغبة لرفضت ، صراحة ،
اذ لاتستحي من الرفض عادة ، ولو لم نعتبر سكوتها بيانا
لما انعقد زواجها حتى آخر حياتها ، وفي هذا من الضرر مافيه .

وعلى هذا ، فالسكوت دلالة عرفية في الاذن لا في الرفض .

والخلاصة ، أن السكوت حال أصلية سلبية تنتفي معها الدلالة على
شيء يقينا ، وان تحول السكوت الى وسيلة للتعبير عن الارادة ، فانما
يكون بعناصر موجهة ، أو أدلة من قرينة ، أو ظرف خارجي ملابس ،
أو عرف ، أو ضرورة مقتضية ، لدفع غرر أو ضرر ، لأن هذه الدلالة خلاف
الأصل (٢) .

---

(١) المرجع السابق . (٢) أي ان اعتبار السكوت بيانا هو خلاف
حالته الاصلية اليقينية ، من انه ليس بيانا لشيء ، لكونه أمرا
سلبيا تنتفي معه الدلالة على شيء . وخلاف الاصل حالة
استثنائية طارئة ، لابد لها من دليل يثبتها أو ينهض بها ، وقد
بينا تلك الادلة التي توجب حالة الاستثناء من كونه وسيلة للتعبير
عن الارادة .

المبحث الثاني

شروط الصيغة (شروط انعقاد)

اذا كانت " الصيغة " من الايجاب والقبول ، أو مايقوم مقامها ، هي الركن الوحيد للعقد ، على التحقيق ، وما عداها ، فلوازم ، كما بينا فان لهذه الصيغة شروطا ، لاينعقد العقد الا بتوافرها ، لأنها شروط انعقاد ، أو عناصر تكوين ، ونوردها فيما يلي :

اولا : توافق الايجاب والقبول (صراحة أو ضمنا)

ثانيا : اتصال القبول بالايجاب

ثالثا : بقاء الايجاب قائما في مجلس العقد ، حتى صدور القبول عند الجمهور

الفرع الاول

توافق الايجاب والقبول صراحة أو ضمنا (١)

معنى التوافق : التوافق معناه تضمن القبول كل جزئيات الايجاب (٢) بحيث اذا خالفه في جزئيه منها ، مخالفة حقيقية (٣) ، لاينعقد العقد ، بل يكون رفضا للايجاب ، يتضمن ايجابا جديدا ، يحتاج الى قبول جديد من الطرف الأول ، سيأتي بيانه . ولاتشترط الموافقة الضمنية أو الحكمية .

---

(١) فتح القدير : ج٥ص٧٧ـ٧٨ ، البدائع: ج ص١٣٧ نهاية المحتاج ج٣ص٨٠ . (٢) ففي عقد البيع مثلا ، لابد من التوافق بين القبول والايجاب في محل العقد ، وفي مقدار ثمنه ، وفي الاجل أن وجد .

(٣) اذا كانت المخالفة ظاهرية ، لاحقيقية ، فالعقد ينعقد ، لأنها تكون حينئذ متحضة لمنفعة الموجب ، محققة لرضاه ، وهذه هي الموافقة الضمنية كما في المتن .

ومن الموافقة الصريحة ، أن تقول ، بعتك هذه الارض بمائة ألف ، فيقول مريد الشراء ، قبلت شراءها بمائة ألف ، أو قبلت .

أما الموافقة الضمنية ، فكقولك : بعتك هذه السيارة بعشرين الفـــا فيقول اشتريتها بخمسة وعشرين ، لأن هذا يتضمن القبول بالعشرين من باب أولى ، وفيه منفعة خالصة للموجب ، فالمخالفة ظاهرية ، لاحقيقية لأنها تضمنت ماطلبه الموجب ، وزيادة ، فرضاه ثابت قطعا .

وعلى هذا ينعقد العقد بالعشرين ولكن لاتجب الزيادة الا اذا قبلها الموجب ، حتى لايدخل شيء في ملك أحد الا باذنه ، نفيا للمنـــة عن نفسه .

وما يقال في محل (١) العقد والثمن ، يقال في الاجل كذلك ، فاذا قال البائع ، بعتك هذا المنزل بمائة الف حالة ، فقال الآخر ، قبلـت بمائة ألف مؤجلة ، لاينعقد العقد ، للمخالفة الصريحة في الأجل ، لأن من يرضى بالثمن حالا ، قد لايرضى به مؤجلا ، بخلاف العكس ، لأنه في مصلحة الموجب ، فرضاه متحقق فيه .

ومن هنا ندرك ، أن اشتراط موافقة القبول للايجاب في جميع - مايتضمنه الايجاب من جزئيات ، شرطا للانعقاد أساسه ، ان (صيغـة العقد) (الايجاب والقبول) ليست مقصودة لذاتها ، وانما باعتبارها دليلا أو قرينة على " التراضي " فما لم يحصل التطابق بين الايجـــاب

---

(١) ولو كانت الصفة متحدة ، فلا ينعقد العقد اذا كان القبول علـى بعضها لتفرق الصفة ، فلو قال البائع بعتك هذه الارض بمائـــة ألف ، فقال نصفها بخمسين ، لاينعقد العقـد ، وكذلك اذا بدل قبلت المحل ، فلو قال زوجتك فاطمة بعشرة آلاف فقال - تزوجت امنه بعشرة آلاف .

والقبول في جميع الجزئيات ، لايمكن أن تعتبر مظنة على حصول التراضي الكامل الذى هو أساس التعاقد .

والرضا الكامل لايتحقق الا اذا تم التطابق بين الايجاب والقبول .

الفـرع الثانـــي

اتصال القبـول بالايجـــاب في مجلس العقد

تحديد معنى الاتصال بين عنصرى الصيغة في فقه المذاهب (مجلس العقد)

من المتفق عليه بين الفقهاء ، أنه لابد ـ لينعقد العقد ـ من تحقيق الاتصال بين القبول والايجاب ، (عنصرى الصيغة) هذا من حيث المبدأ ، وانما الخلاف في تحديد معنى الاتصال ، سواء أكان بين حاضرين ، أم بين غائبين .

فالجمهور على أن المراد بالاتصال ، اتحاد مجلس العقد ، أو الزمن الذى يكون فيه المتعاقدان مقبلين على التعاقد ، اذ لااتصال مع تعدد المجلس ، بداهة ، فلا يشترط أن يصدر القبول عقبه مباشرة ، لأن " الفورية " في صدور القبول ، ليست شرطا لتحقق الاتصال عندهم دفعا للحرج عن الناس ، وتحقيقا لمصالحهم ، وانما يشترط قيام مجلس العقد أو اتحاده ، ولو كان بين الايجاب والقبول فاصل زمني .

ذلك ، لأن الجمهور يرى أنه لابد من وجود فترة زمنية بعد صدور الايجاب ، ليتسنى للطرف الآخر أن يتروى في الأمر ، ويوازن بين مايعطي وما يأخذ ، ولا يتسرع ، وليتخير بعد ذلك بين القبول والرفض ضمانا لرضاه الحقيقي الكامل ، ولهذا قالوا ان المجلس جامع المتفرقات ، وعلى هذا لصدر القبول بعد فترة زمنية من صدور الايجاب ـ وان طالت ـ

تحقق الاتصال ، مادام المجلس قائما ، أى لم يتخلل الفترة مابين الايجاب والقبول اعراض عن التعاقد يحول دون الاتصال بينهما ، أو صرف أحدهما عن التعاقد شاغل آخر .

وبيان ذلك ، ان الاعراض عن التعاقد ، أو التشاغل بغيره قبل القبول ، ينهدم به المجلس ، فينهدم بالتالي الايجاب الذى صدر فيه حتى اذا صدر القبول بعد ذلك ، لم يصادف ايجابا قائما ليتصل به فلا ينعقد العقد ، لعدم تحقق الاتصال .

على أن المجلس ينهدم ـ فضلا عن ذلك ـ برجوع الموجب عن ايجابه قبل القبول ، على ماسيأتي .

ومن هنا نلاحظ ، أن الايجاب يبقى قائما حكما ـ في اجتهاد الجمهور ـ مادام المجلس قائما ، حتى اذا انهدم المجلس حقيقة او حكما ، انهدم الايجاب . أما انهدام المجلس حقيقة ، فمن مثل خروج أحدهما ـ الموجب أو الموجه اليه الايجاب ـ من المجلس بعد صدور الايجاب ، وقبل القبول أو رجوع الموجب عن ايجابه ، أو رفضه صراحة ممن وجه اليه .

وأما انقضاؤه حكما ، فمن مثل اعراض احدهما عن التعاقد والتشاغل بغيره كقراءة صحيفة ، أو التحدث مع الآخرين ، قبل القبول أو بما يعتبر في العرف اعراضا ينقضي به المجلس .

على أن القبول الذى يعتد به اذا صدر بعد انهدام الايجاب يعتبر ايجابا جديدا يحتاج الى قبول جديد من الطرف الأول ، ينعقد به عقد جديد .

اذن ، مجلس العقد ـ في اجتهاد الجمهور ـ هو المكان الذى يجتمع فيه العاقدان ـ ان كانا حاضرين ـ وتمتد فترته الزمنية من وقت

صدور الايجاب ، وتنتهي بانعقاد العقد ، أو باعراض أحدهما عن التعاقد صراحة أو دلالة .

أو هو الحال التي يكون فيها المتعاقدان مقبلين على التعاقد ، منصرفين الى التكلم فيه ، وقد تطول هذه الفترة التعاقدية أو تقصر وأيا ماكان ، فالمجلس يعتبر قائما مادام العاقدان مقبلين على التعاقد دون أن يصرفهما عنه شاغل آخر .

وأما بالنسبة الى الغائبين ، فهما وان كانا مختلفين مكانا ، فان مجلس العقد يتحدد بالنسبة اليهما بالوقت الذى يستغرق التعاقد أيضا ، سواء أكان بواسطة البرقية ، أو الرسالة المكتوبة ، أو الشفهية أو الهاتف ، أو غير ذلك من الوسائل ، فان مجلس العقد هو مجلس وصول الرسالة ، أو تبليغها ، أو وصول البرقية ، أو وقت المكالمة الهاتفية ، وينتهي بقبول ماتضمنه الايجاب وانعقاد العقد ، أو بأعراض من وجه اليه الايجاب (القابل) صراحة أو دلالة ، أو برجوع الموجب عن ايجابه قبل القبول .

أما الشافعية ، فيشترطون " الفورية " لتحقق الاتصال ، بمعنى أن العقد لاينعقد الا اذا صدر القبول فور الايجاب ، وعقبة مباشرة دون فاصل زمني ، ولو كان مجلس العقد قائما ، ولو لم يبدر من أحد العاقدين مايهدمه .

وأما " التروى " فأجاب الشافعية عنه ، بأنه يمكن أن يتم بعد انعقاد العقد ، حيث يثبت لكل من العاقدين ، في عقود المعاوضات المالية خاصة ، حق فسخ العقد ، اذا لم يره محققا لمصلحته ، مادام المجلس قائما ، وهذا هو خيار المجلس .

اذن ،فترة " التروى " يقربها الفريقان ، تحقيقا للرضا الكامل
غير أن الجمهور يراها قبل انعقاد العقد ، بالنسبة لمن وجه اليه
الايجاب ، (القابل) ، أى في الفترة الواقعة بين صدور الايجاب وبين
القبول ، حيث يكون مخيرا بين القبول والرفض ، وهذا هو " خيار
القبول " حتى اذا صدر القبول ، وانعقد العقد ، لزم ، ولا خيرة
بعدئذ في فسخه لأى من العاقدين ، دون رضاء الآخر ، الا من
عيب أو عدم رؤية ، وما الى ذلك .

وأما الشافعية ، فقد رأوا فترة " التروى " بعد انعقاد العقد ،
أى في "خيار المجلس ، كما ذكرنا ، مادام المجلس قائما ، اذ لا يلزم
العقد - عقد المعاوضة - في اجتهادهم الا بعد انقضاء المجلس (١) .

خيار المجلس :

هذا ، والشافعية يثبتون خيار المجلس في عقود المعاوضات
المالية خاصة ، دون سواها فلا يثبت هذا الخيار بالنسبة لعقد الزواج
مثلا ، لأن فترة " التروى " في هذا العقد متحققة في مقدماته من
الخطبة ، والتفاوض في المهر وما اليه ، عادة ، فلطبيعة هذا العقد ،
ولخطورته ، لم يقل الشافعية بثبوت خيار المجلس فيه .

أما الجمهور ، فلم يوافقوا الشافعية على ثبوت خيار المجلس لأى
من المتعاقدين أصلا في أى عقد من العقود .

وحجة الشافعية في ثبوت خيار المجلس ، قوله - صلى الله عليه وسلم
" البيعان بالخيار ، مالم يتفرقا " .

---

(١) المهذب : جـ ٢ ص ٢٥٧ - ٢٥٨ .

ووجـه الدلالة ، أن للعاقدين ، حق خيار فسخ العقد ، أو امضائه ،مادا ما في المجلس ، بصريح الحديث ، مالم يتفرقا بأبدانهما ، تفرقا حسيا ، ولا يتصور حق الفسخ الا في عقد منعقد .

ولا يرى الحنفية في هذا الحديث حجة لاثبات خيار المجلس ، ذلـك أن "الخيار" في الحديث محمول على خيار القبول بالنسبة لمن وجـه اليه الايجاب ، لاعلى خيار المجلس . أما "التفرق" فمقصود به التفرق والتخالف في الاقوال ، لا في الابدان ، وذلك بعدم موافقة القبـول للايجـاب .

وهذا تأويل للحديث بعيد ،كما ترى .

وحجة الحنفية (١) في نفي خيار المجلس ، قوله تعالى : "ياأيهـا الذين آمنوا أوفوا بالعقود" .

ووجـه الدلالة ، أن الآية الكريمة توجب الوفاء بالعقد اثر انعقاده وابرامه ، وهذا يتنافى مع ثبوت الحق في فسخه وهو مايسمى بخيار المجلس على أن الامام مالك احتج على عدم اعتبار خيار المجلس ، بعمل أهل ـ المدينة .

ونحن نرجح اجتهاد الشافعية في هذا ، لصراحة الحديث ، ولعدم تنافيه مع الآية الكريمة ، فيثبت خيار المجلس لأى من المتعاقدين مادام المجلس قائما ، ولو بعد انعقاد العقـــد .

وأما حجة الشافعية في اشتراط "الفورية" لتحقق الاتصال بين عنصرى الصيغة ، لينعقد العقد ، فمؤداها أن الايجاب عرض زائـــل ينقضي اثر التكلم به ، فلا بد من صدور القبول عقبه مباشرة ليتحقـــق

---

١) فتح القدير : جـ ٥ ص ٨١ وما يليها ــ المهذب : جـ١ ص٢٥٧ــ ٢٥٨ .

الاتصال ، وهذا هو القيـــــــــاس .

أما الجمهور فمع اعترافهم بأن طبيعة الايجاب كذلك ، غير أنهم اعتبروه قائما حكما ، طوال مدة المجلس ، تحقيقا لمصالح الناس ، ودفعا للحرج فكان ذلك استحسانا على خلاف القياس .

وعلى هذا ، فما دام المجلس ، قائما متحدا ، والعاقدان مقبلين على التعاقد ، فالايجاب قائم حكما ، واعتبارا ، كذلك ، وقالوا ، ان مجلس العقد يجمع المتفرقات ، للضرورة ، بمعنى أن الاتصال يتحقـق بين القبول والايجاب ، ولو كان بينهما فاصل زمني ، لوحدة المجلـس الذى صدرا فيه ، ضرورة التيسير على الناس ، وتحقيق مصالحهم ، ودفع الحرج عنهم ، وهذا هو سند الاستحسان ، ودليله ، وهو ما نرجحه .

هذا ، ولا يتغير حكم المسألة سواء أكان التعاقد بين حاضرين أم بين غائبين .

أما اذا كانا حاضرين ، فواضح لأن اتحاد المجلس انما يعني الفترة الزمنية التي يكون فيها العاقدان مقبلين على التعاقد ، كما بينا .

وأما اذا كانا غائبين ، فان التعاقد لا يتم بينهما الا بالواسطة ، مـــن البرقية ، أو الرسالة الكتابية ، أو الشفهية التي يحملها رسول ، أو الهاتف ومجلس العقد بالنسبة اليهما هو مجلس " العلم " بما تتضمنه البرقية أو الرسالة ، أو بما يبلغه الرسول ، أو تتضمنه المكالمة الهاتفية من ايجاب . ويبقى المجلس ممتدا الى الزمن الذى يستغرقه التعاقد ، وأيا ما كان ، فاذا صـدر القبول في المجلـس كتابة ، أو شفاها ، أو هاتفيا ، على النحو الذى بينا ، تم الاتصال بين الايجاب والقبول ، وانعقد العقـــد ولو كان بينهما فاصل زمني ، ما دام المجلس .

غائبــــــــــا (١) .

العقود التي لا يشترط فيها تحقق الاتصال :

قد منا ، أن الجمهور لا يشترط صدور القبول فور الايجاب ، ليتحقق الاتصال ، بل اكتفوا باتحاد مجلس العقد ، فتعقد العقد ولو لم يصدر القبول فورا ، بأن كان بينهما فاصل زمني ، ما دام المجلس لم ينفض .
على أن شرط الاتصال بهذا المعنى عند الجمهور ، لا يشترط في عقد الوصية ، والايصاء ، والوكالة ، فينعقد العقد فيها باتحاد المجلس وبغيره ، بل أن بعضها لا ينعقد الا اذا صدر القبول في مجلس آخر كالوصية . وبيان ذلك أن الوصية تصرف مضاف الى ما بعد الموت ، فلا يكون قبول الموصى له معتبرا ، الا بعد موت الموصي .
وكذلك الايصاء لأن الموصي اليه بالقيام برعاية شئون اولاد الموصي القصر لا يكون وصيا الا بعد وفاتــــه .
وأما الوكالة ، فهي من باب الاعانة ، ولذلك صح القبول فيها ، في المجلس وبعده .

الفـــرع الثالـــث
بقاء الايجاب قائما حتى صدور القبـــــول

قدمنا ، أن اتصال القبول بالايجاب ، كشرط للانعقاد ، يفترض سبق قيام الايجاب واستمراره ، حتى يصدر القبول ، ليتصل به .
وعلى هذا ، فسقوط الايجاب قبل القبول ، بأي سبب ، يحول دون

---

(١) التعاقد بالهاتف بمثابة التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان ، وبين غائبين من حيث المكان ، ويتم العقد بينهما اذا اتحد المجلس زمنا بالقدر الذي تستغرقه المكالمة الهاتفية التعاقدية .

تحقق الاتصال بينهما ، فلا ينعقد العقد .

وهذا يقتضينا بحث الأسباب التي يسقط بها الايجاب ، فنعرضها فيما يلي :

أولا : رجوع الموجب عن ايجابه ، صراحة أو دلالة ، قبل القبول .

أما صراحة فكقوله : رجعت عن ايجابي ، وأما دلالة ، فبانصرافه عن التعاقد ، الى التشاغل بما لا يتعلق بموضوع العقد ، كالأكل والنوم والتحدث بحديث آخر ، كما قدمنا .

وفي هذه المسألة رأيان للفقهاء :

أ ـ أنه يجوز للموجب أن يرجع عن ايجابه ، مادام لم يتعلق به حق لأحد ، اذ المفروض أنه قبل صدور القبول ، ويصبح بالرجوع لغوا ، فاذا صدر القبول بعد ذلك ، لم يصادفه ، فلا يتحقق الارتباط ولا يتم العقد ، وهذا رأى الجمهور وبعض المالكية . وحجتهم في ذلك: أن للموجب حق الملك ، وبايجابه اثبت للطرف الآخر حق التملك ، فكان للموجب أن يرفع هذا الحق الذى أولاه الطرف الآخر ، لأن حق الملك أقوى من حق التملك ، اذ الأول ثابت أصالة ، والثاني مجرد ولاية ممنوحة من الموجب ، وبرضاه ، ولو ألزمنا الموجب بايجابه قبل القبول لكان حق التملك أقوى ، وهذا غير جائز ، لما قدمنا ، بخلاف ما اذا رجع بعد القبول ، اذ ينعقد العقد ، ولا يملك الموجب الرجوع عن ايجابه حينئذ ، لأنه تعلق به حق الغير .

نخلص من هذا الى أن الموجب يملك حق الرجوع قبل القبول ، لا بعده وان رجوعه قبل القبول يحول دون تحقق الاتصال ، فلا ينعقد العقد .

ب ـ لا يملك الموجب الرجوع عن ايجابه ، ولو قبل القبول ، فيكون ملزما به ما دام المجلس قائما ، ولا اعتبار لرجوعه لو وقع ، ولو صدر

القبول انعقد العقد ، ولا يسقط الايجاب . الا باعراض الطرف الآخر ، او انتهاء المجلس بالقبول ، الا اذا قيد الموجب نفسه بمدة (١) بان حدد للطرف الآخر مدة معينة يقبل فيها العقد او يرفضه ، فيكون الموجب ملزما بما ألزم به نفسه ، طوال هذه المدة التي قيد بها نفسه ولا يبطل الايجاب بانتهاء المجلس ، بل بانتهاء المدة اذا لم يصادفه قبول ، وليس في تحديد هذه المدة منافاة لمقتضى العقد .

هذا ، ويتقيد الايجاب بالعرف ، اذا جرى على تقييد الموجب بمدة معينة (٢) .

ثانيا : موت أحد العاقدين ، أو زوال أهليته بجنون ونحوه ، قبل القبول

موت الموجب ، أو خروجه عن أهليته بالجنون قبل القبول ، يبطل ايجابه ، فاذا صدر القبول من الطرف الآخر بعد ذلك ، فلا ينعقد العقد اذا لم يصادف ايجابا يرتبط به .

وانما سقط الايجاب بذلك ، ولم يورث ، لاحتمال رجوع الموجب لو بقي حيا . وكذلك موت الطرف الآخر ، أو خروجه عن أهليته ، قبل قبوله يبطل الايجاب ، اذ لم تعد له فائدة ، وهذا مبني على أن حق الايجاب أو القبول ، لا يورث ، وهو مذهب الائمة الاربعة (٣) .

---

١) مواهب الجليل : جـ ٤ ص ٢٤١ .

٢) الدر المنتقى : شرح الملتقى - بهامش مجمع الانهر : جـ٢ ص٤ البحر الرائق : جـ٥ - ص ٢٦٧ وانظر احكام المعاملات الشرعية ص ١٧٥ للاستاذ الشيخ علي الخفيف .

٣) الفتاوى الهندية : جـ٣ ص ٧

وخالف في هذا الاباضية ، فاجازوا للوارث ،أو الولي أو القيم حسب الأحوال ، أن يقوم مقام الموجب أو القابل الذى توفي او زالت أهليته بناء على أن هذا الحق يورث (١) .عندهم

ثالثا : يبطل الايجاب ايضا برفض من وجه اليه الايجاب (القابل) صراحة أو دلالة (٢) .

رابعا : هلاك محل العقد ،كليا أو جزئيا ، أو تغيره ، اذ التغير في حكم الهلاك الجزئي ، قبل القبول ، بأن كان عصير عنب فتخمر أو صار خلا .

اذن من شروط بقاء الايجاب ، منتجا لآثاره ، وصالحا لاتصال القبول به ، بقاء محل العقد على الحال التي كان عليها قبل التعاقد .

خامسا : انتفاء مجلس العقد ، حسا بالتفرق ، أو معنى بالاعراض وذلك قبل صدور القبول ، فاذا انقضى المجلس ، سقط الايجاب الذى صدر فيه ضرورة .

الفصل الثاني

محل العقد

اختلاف طبيعة المحل باختلاف العقود

محل العقد هو المعقود عليه الذى يظهر اثر العقد فيه (٣) .

---

(١) كتاب النيل : جـ٢ ص ١١ .

(٢) فتح القدير : جـ ٥ ص ٧٨ ص ٨١ ، الحطاب : جـ٤ ص ٢٤٠ ، الشرح الكبير : جـ ٣ ص ٥ ، مغني المحتاج : جـ ٢ ص ٦ .

(٣) وهذا ظاهر في تعريف الفقهاء ،للعقد ، من انه ارتباط ايجاب بقبول على وجه مشروع ،يظهر اثره في محله — كما قدمنا . فلابد لكل عقد من محل يظهر حكمه أو آثره فيه ،والمقصود من العقود آثارها .

ولا عقد بلا محل ، وتختلف طبيعة هذا المحل باختلاف العقود ،

وعلى هذا ، فقد يكون محل العقد من الأعيان المالية او المنافع أو الاعمال ، فعقد البيع (١) والرهن ، والهبة مثلا ، محل العقد فيها تعيين ماليسه ،

وعقد الاجارة والاعارة ، محلهما ، المنفعة والانتفاع ،

وعقد المزارعة والمساقاة والاستصناع ، محله العمل ،

وعقد الزواج المتعة الزوجيه ، وهكذا ،

على ان طبيعة بعض العقود تقتضي وجود محل العقد عند التعاقد ، وبعضها لا تقتضي طبيعته ذلك ،

فمن الأول ، عقد البيع ، والرهن ، ومن الثاني عقد الاجارة والاعارة والمساقاة والمزارعة ، ذلك ، لأن البيع محله الأعيان كما ذكرنا فلا بد أن يكون موجودا ليظهر أثره فيه ، بخلاف المنافع ، فانها أعراض تظهر شيئا فشيئا ، عند الاستيفاء ، لذا لا يتصور وجودها عند التعاقد وكذلك الاعمال ، توجد مستقبلا ،

فتلخص ، انه لابد لكل عقد من محل ، ليظهر اثره فيه ، والا كان [illegible] ويختلف المحل باختلاف [illegible]

[illegible] او منفعة أو عملا (٢) كما اشرنا ،

---

١) يرد البيع في أيامنا هذه ، على الحقوق المبتكرة ، كحق التأليف ومحل العقد فيه هو الافكار ، وهي تصورات ذهنية أو أدبية ، فكانت من قبيل المنافع ، لقوله — صلى الله عليه وسلم — " أو علم ينتفع به ".

٢) ومن الاعمال التي يجري التعاقد عليها ، عمل الاجير المشترك [illegible] الخبرة العلمية من المهندسين [illegible]

المبحث الأول
شروط محل العقد في الفقه الاسلامي

أولا : أن يكون محل العقد قابلا لحكمه شرعا .

هذا الشرط قد انعقد عليه الاجماع .

هذا ، ولا يكون محل العقد قابلا لحكمه ،وبالتالي لاينعقد العقد في الاحوال الآتية :

١ — كون محل العقد مالا متقوما مملوكا ، ولكن طبيعته تابى قبول حكم نوع معين من العقود لا لعدم المشروعية في اصله .

ومثال ذلك الخضروات والفواكه والثلج ،أموال متقومة لم يخرجها الشارع من دائرة التعامل اصلا ، بل من نوع معين منه ، كعقد الرهن ، اذ طبيعتها لا تتفق مع حكمه من الاحتباس طوال اجل الدين ، لكونها لا تدوم زمنا طويلا بالمقصود من العقد حكمه وأشباهه .

وانما يجري عليها من العقود ما يتفق وطبيعتها ، كالبيع ، والهبة ، والصدقة ، لأنها انما تشترى أو توهب أو يتصدق بها ، تحقيقا لقصد الأكل عادة ، أو التبريد المؤقت ، فلا يصح رهنها ، لا لكونها غير مشروعة في أصلها ، بل لما ذكرنا ، بدليل صحة بيعها وهبتها .

٢ — أن يكون حكم العقد لا يتفق مع ما خصص له محله من غرض عام يتعلق بالكافة .

وبيان ذلك أن يكون التعامل مما ينشأ عنه مصالح فردية متبادلة بين العاقدين وفي مقدمتها ، حق الملكية الفردية ، مما لا يتفق مع ما خصص له الشيء من منفعة عامة مشتركة للكافة ، لا لطبيعة المحل نفسه .

ومن ذلك ، الاوقاف ، والجسور ، والقناطر ، وغيرها من منشآت الدولة

والآجام والمراعـي ، وينابيع المياه وآبار النفط ، وعروق المعادن فـي الارض ، وما الى ذلك مما يتنافي مع الغرض من أصل انشائه ، أو خلقه في الارض ، اجراء الملكية الخاصة عليه بالتعامل أو التعاقد .

غير أن عدم قابلية محل العقد للمحل هنا نسبي لا مطلق ، فالوقف اذا كان لا يجوز امتلاكه ، بعقد البيع ، أو الهبة ، أو الارث استبعادا له عن التملك الفردي الذي يتنافى مع الغرض العام من أصل تشريعـه فان اجارته جائزة ، اذ تؤكد ذلك الغرض ولا تنافيه لصرف غلته الـى مستحقيه ، وأيضا ، جاز بيع الوقف على سبيل الاستبدال ، اذا كـان خيرا له ، لا للتملك الفردي المحض ، وذلك لموضع الضرورة .

والفرق بين هذا السبب وسابقه ، ان الاول يرجع الى طبيعة المحـل وهذا الى الغرض منه .

٣ ـ كون المحل ليس مالا أصلا ، لنجاسته وضرره أو لكرامته ، فأخرجه الشارع من دائرة التعامل ، واعتبر كل عقد يرد عليه باطلا .

فمن الاول الميتة والدم ، لنجاستهما ، ولما يشتملان عليه من ضـرر محقـق ، وانتفاء منفعتهما يستلزم انتفاء ماليتهما ، اذ المالية قوامها المنفعة ، وما لا منفعة فيه ليس بمال شرعا ، ومن هنا كان تحريمهما ، فكيف اذا كان ضررا محضا ، أو خبيثا خالصا .

ومن الثاني ، الانسان الحر ، حيث لا يجوز أن يكون محلا للتعامـل ، أصلا ، ولا أي عضو من أعضائه ، مسلما كان أم غير مسلم ، لآدميته التي هـي منشأ كرامته ، لقوله تعالى : " ولقد كرمنا بني آدم " باطلاق .

٤ ـ كون محل العقد مالا ولكنه ليس بمتقوم شرعا ، فلا يكون قابلا لحكم العقد ، فيقع باطـلا .

يشترط في محل العقد أن يكون مالا متقوما ، والا وقع العقد ـ باطلا (١) ، فهو شرط انعقاد ، والمال المتقوم هو ما توافر فيه أمران :

الأول : احرازه وحيازته فعلا .

الثاني : جواز الانتفاع به انتفاعا مطلقا في حال السعة والاختيار ، لا في حال العسر والاضطرار .

وتأسيسا على هذا ، فلا يجوز التعامل ، فيما لامنفعة فيه أصلا ، لفقدان العقد أو التعامل الغرض الذى من أجله شرع ، وهو تبادل المنافع .

وأيضا ، مالا منفعة فيه ، يجعل التعامل فيه عبثا ، لعدم الفائدة ، وكل عقد يخلو من الفائدة باطل ، لأن العبث لايشرع ، فكانت الفائدة شرط انعقاد . وأيضا بذل المال فيما لانفع فيه سفه ، وأخذ المال من قبل الطرف الآخر ، أكل لاموال الناس بالباطل ، وكلاهما محرم .

وذلك ، كالحشرات ، والسباع التي لاينتفع بها في الأكل ، ولا في الصيد ولا في غيرهما من وجوه النفع المعتاد .

على أن قوام مالية الشيء ـ كما قدمنا ـ المنفعة ، وهي أساس القيمة ، ومالا منفعة فيه لا قيمة له عرفا ، ومالا قيمة له عرفا ، ليس مالا متقوما شرعا .

---

(١) البدائع : جـ ٥ ص ٢١٠ للكاساني .

جاء في المجلة تعريف المال المتقوم : " يستعمل في معنيين الأول ما يباح الانتفاع به والثاني ، بمعنى المال المحرز ، فالسمك في البحر غير متقوم ، واذا صيد صار متقوما بالاحراز المادة ١٢٧ . وراجع تبيين الحقائق : جـ ٤ ص ٤٤ .

البدائع : جـ ٥ ص ١٤٠ .

ويستوى في ذلك أن يكون للشيء نفع ، ولكن الشارع منع منه ، والا يكون له نفع أصلا ، لأن المنفعة المحرمة كالمعدومة ، اذ المعدوم شرعا كالمعدوم حسا ، ولا يجوز التعامل في المعدوم .

ومن ذلك آلات الملاهي ، والفسق ، والمعاصي ، وما ماثلها ، أو الاستئجار للغناء ، والرقص ، والنياحة على الموتى ، لان محل العقد غير متقوم ، بمعنى أن ما فيه من نفع ، هو محرم ، فلا يجوز استيفاؤه أو الانتفاع به ، فصار كما لا نفع فيه أصلا ، كالخمر ، فيكون العقد باطلا لانتفاء ركنه ، وهو المحل ، او شرط انعقاده ، وهو عدم قابلية هذا المحل لحكم العقد ، كما ذكرنا (١) .

وتطبيقا لشرط التقوم في العقد ، بمعناه ، الأول ، وهو الاحراز في المباحات يثبت الملك للمحرز ، وليتمكن من التسليم ، لا يجوز بيع السمك في البحر ، والطير في الهواء ، والحيوان في الاجام ، والكلأ في المرعى ، والحطب في الغابات ، والمياه في الينابيع ، قبل احرازها والاستيلاء عليها فعلا ، لأمرين :

الاول : لأن التعامل تمليك ، ولا يتأتى هذا المعنى في المباح قبل تملكه ومعلوم أن التملك بالاحراز ، وقبله لا يتأتى تمليك ممن لا يملك .

ولان العاقدين بالنسبة للمباحات وهي في الطبيعة ، على السواء ، من حيث وضعهما الشرعي ، فلا يتصور أن يخوله التمليك ، وأخذ العوض ، بحيث يصبح أحدهما مالكا ، وفي مركز اقوى ، والآخر متملكا ، قبل الاحراز ، لان ترجيح احدهما على الآخر ، بلا مرجح يسوغه تحكم غير جائز

(١) تبيين الحقائق : جـ٤ ص٤٤ ص٤٨ ، الحطاب : جـ٤ ص ٢٦٣
المهذب مع المجموع : جـ ١ ص١٢٨ .

الثاني - لعدم القدرة على التسليم ، وهو شرط لصحة العقد ، تنفيذا لاحكامه ، اذ هي الغرض من تشريع العقود .

فتلخص ، ان المباحات في الطبيعة ، قبل ان يحرزها ويملكها أحد ، ليست محلا للتعامل ، اذ لا يعقل التمليك ممن لا يملك ، وهذا هو التقوم بمعناه الاول عند الحنفية ، وهو الاحراز [illegible] الملك ،

ويمكن أن يقال ، أن شرط " التقوم " ينطوي على شروط ثلاثة ، في المذهب الحنفي :

أولا : أن يكون محل العقد مالا جائز الانتفاع به شرعا بحالة السعة والاختيار (١) .

ثانيا : أن يكون مملوكا (ويملك المباح بالاحراز)

ثالثا : أن يكون مقدور التسليم .

فتلخص أن محل العقد يشترط / لصحة العقد / ان يكون مالا متقوما مقدور التسليم (٢) وموجودا وقت التعاقد على ماسياته بيانه .

ثانيا : أن يكون المحل موجودا وقت التعاقد :

لم تتفق اجتهادات الفقهاء على هذا الشرط ، حتى فيما تقتضي طبيعته وجود المحل ، كالبيع والرهن ، وهو من الأعيان .

على أن الفقهاء قد اتفقت كلمتهم على أن التشريع الاسلامي ، واقتضي ، وباعتباره تشريعا قائما اساسا على تحقيق مصالح الناس ، لسد [illegible]

---

(١) أما حالة الضرورة [illegible] المحظورات [illegible] ولا جائز الانتفاع به شرعا [illegible]

(٢) أما القدرة على [illegible] يعتبرها بعض الفقهاء شرط صحة ، وبعضهم الآخر يعتبرها شرط لزوم .

رأوا أن هذا التشريع — بحكم واقعيته — لايتصور أن يأتي بحكم ، صراحة أو دلالة ينافي هذه الواقعية التي تقتضي امكانية التطبيق ، — وتحقيق مصالح الناس .

وعلى هذا ، اتفق الفقهاء على أنه لايشترط وجود المحل عند التعاقد اذا كان بطبيعته معدوما ، لايوجد الا مستقبلا ، أو شيئا فشيئا ، حسب الاستيفاء ، كالمنافع والأعمال ، فاشتراط وجودها جملة ، وقت التعاقد أمر ممتنع ، واقعا ، لأنها اعراض زائلة كما قدمنا .

وعلى هذا ، جاز التعاقد عليها ، على وضعها الطبيعي الذى وجدت عليه ، أى على الرغم من انتفائها وقت ابرام العقد ، استجابة لما تقتضيه طبائع الأشياء .

أما اذا كان المحل عينا مالية ، معينة بالذات ، ولم تكن موجودة أصلا وقت انعقاد العقد ، وقع باطلا اجماعا ، بأن كان موجودا ، ولكنه هلك قبل البيع ، لأن المبيع معين بالذات ، وقد اتفقت ارادة المتعاقدين على أن يرد هذا العقد على محل معين بذاته يجب أن يكون موجودا وقت التعاقد ، فوقع باطلا ، لتخلف ركنه ، مما جعل العقد غير مفيد لاستحالة تنفيذه (١) .

غير أن وجود محل العقد بوجه عام ، كشرط للانعقاد اختلف فيه الفقهاء على آراء ثلاثة :

آ — يشترط وجود المحل فعلا ، وقت التعاقد ، اذا كان عينا ماليه ، في كافة العقود من المعاوضات والتبرعات ، ولا يكفي احتمال وجوده مستقبلا

---

(١) البدائع : جـ ٥ ص ١٣٨ ، للكاساني .

لما في ذلك من الغرر المنهي عنه شرعا وصونـــا للعقد من الالغاء عند فواته ، كالثمرة التي لم تبرز أصلا (١) ، لاحتمال عدم ظهورها ، وكاللبن في الضرع ، لاحتمال أن يكون انتفاخا ، وهذا مايطلق عليـــــه بيع " ماله خطر العدم " (٢) أي احتمال وجوده وعدمه ، فالعقد عليه يقع باطلا ، ولو وجد بعد ابرامه .

وحجتهم ، في هذا ، أن النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ قد نهى عن بيع الغرر وعن بيع المعاومة والسنين (٣) وعن بيع الانسان ماليس عنده (٤) وعن بيع حبل الحبلة (٥) . لأن بيع المحل ، اذا كان معدوما وقت التعاقد ، قد يفضي الى الغرر بالا يوجد أصلا ، وكذلك اذا كان على خطر الوجـــود والعدم ، لأن هـــذا الاحتمال يفضي الى ذلك أيضا ، فلا بد أن يكـــون محقق الوجود ، عند العقد ، نفيا للغرر والتنازع ، وكلاهما محرم ، والا كان العقد باطـــــــــلا .

هذا هو مذهب الحنفية والشافعية (٦) في جميع العقود ، وهو مذهب المالكية فيما عدا عقود التبرعات .

ومن تطبيقات ذلك أيضا ، بيع الثمر قبل أن يوجد ، اذ قد يمنع اللـــــه الثمرة ، وكذلك بيع ماستلده الانعام ، أو بيع الأحمال في بطون أمهاتهـــا

---

١) الفتاوى الهندية : ج٣ ص ١٠٦ ، وقد جاء فيها " بيع الثمار قبـــل الظهور لايصح اتفاقا " .

٢) بيع ثمار البساتين والزروع ، لعدة أعوام مقبلة .

٣) جاء الحديث / " لاتبع ماليس عندك " .

٤) أي نتاج النتاج من الحيوان ـ بفتح الحاء والباء في كليهما .

٥) مجمع الانهر : ج٢ ص٣ ٥ ص٨ ٥ ، البدائع : ج ٥ ص ١٣٩ ، نهاية المحتاج ج٣ ص٤ ٥ ٥ ، الام : ج٣ ، ٢ ١٦ ، الفتاوى الهندية : ج ٣ ص ١٦ ٤ ، المبسوط ج١٢

كل ذلك باطل ، لعدم وجوده أصلا ... لا ...

يوجد ، فكان على خطر العدم ، اذ من ... الحمل ... ميتا ، فيكون في العدم ، وفي احتمال الوجود ، غرر .

وفرعوا عن هذا الأصل ، بطلان العقد اذا وقع غلط في ذاتية المبيع ، بأن انصب الغلط على ... المعقود ... ، كأن يشترى شخص هذا الخاتم من الذهب مشيرا الى خاتم من نحاس ، وهو لا يعلم أنه نحاس ، أو أن يشترى فصا من الياقوت ، فاذا به من زجاج ، اذ المبيع حينئذ يكون معدوما ، لأن ما أسماه ، وأشار اليه ، لم يكن هو المعقود عليه (١) .

ب ـ يشترط تحقق وجود المحل عند ابرام العقد ـ كالرأى الأول ـ ولكن في عقود المعاوضات المالية خاصة ، دون عقود التبرعات والتوثيقات كالوقف والهبة والرهن ، بل يكتفي في هذه الأخيرة ، أن يكون المحل ممكن الوجود في المستقبل ، وهذا هو مذهب المالكية ، اذ لا غرر فيهما ولا نزاع ... تمحضت تبرعا ...

جـ ـ لا يشترط وجود المحل وقت التعاقد ، في كافة العقود ، وهو رأى الامام ابن تيمية وابن القيم (٢) والامام العز بن عبد السلام ، بل يصح

على أن بعض الفقهاء المحدثين ، قد أدرج هذه المسألة في باب عيوب الرضاء ، انظر المعاملات الشرعية المالية : ص ٩١ ـ ٩٢ ، والاستاذ أحمد ابو الفتح : كتاب المعاملات في الشريعة الاسلامية جـ٢ ص ١٨٣ ـ ١٨٤ ، وأخذت المجلة بهذا الرأى في المادة ٢٠٨

اعلام الموقعين : جـ ٢ ص ١١٣ وما يليها ـ والقياس في الشرع الاسلامي ص ... لابن تيمية ، وراجع مذهب المالكية ـ الخرشي : جـ ... بداية المجتهد : جـ٢ ص ١١٢ .

أن يكون محل العقد شيئا مستقبلا ، اذا كان محقق الوجود أو ممكن الوجود عادة .

وعلى هذا ، فان المعدوم من حيث هو معدوم ، يصلح أن يكون محلا للتعاقد ، لأن النهي عن بيعه ، لا للوجود ولا للعدم ، بل للغـــرر حتى اذا كان محقق الوجود أو ممكن الوجود مستقبلا ، عادة ، صح التعاقد عليه ، تيسيرا على الناس ، ورفعا للحرج عنهم ، وتحقيقـــا لمصالحهم ، وقد درج على ذلك عرفهم ، ونزع الناس عن أعرافهم ، القاء لهم في العنت وذلك غيـــر جائز ، مادام لا يورث غررا ولا نزاعا مشكلا يحول دون تنفيذ العقد عادة .

والخلاصة أن متأخرى الحنابلة وبعض الشافعية أجازوا أن يكون محـل العقد شيئا مستقبلا ، مادام ممكن الوجود ، وان الغرر هو علة النهـي لا المعدومية .

<u>منشأ الخلاف بين ابن تيمية وابن القيم وابن عبد السلام من جهة وبين جمهور الفقهاء في اشتراط وجود المحل وقت العقد اذا كان عينا مالية .</u>

منشأ الخلاف في تخريج مناط النهي عن بيع المعدوم ، أهو لذات العدم ، وهذا ما انتهى اليه اجتهاد الجمهور ، أو للغرر ، لا للعدم؟ وهو مذهب ابن تيمية وابن القيم وابن عبد السلام .

وتفرع عن هذا ، ان المعدوم يصح ورود العقد عليه ، ويكون صحيحـــا شرعا ، اذا كان محتمل الوجود مستقبلا ، وكان معلوم الوصف والقدر ، ومقدور التسليم ، لانتفاء " الغرر " الذى هو علة النهي ، واذا انتفى الـ...

انتفى التحريم وصح العقد .

وأما اذا تحقق الغرر ، كان العقد باطلا ، ولو كان محل العقد موجودا وقت العقد ، كبيع البعير الشارد والمال المغصوب ، والمسروق ، وما اليه ، لأنه معجوز التسليم .

ونرى أن رأى الامام ابن تيمية وابن القيم ، هو الأرجح ، لقيام التعامل على اليسر ، وتحقيق المصالح ، ولأن الضرورات تقتضي العمل بهذا الرأى ، ولذا رأينا الامام مالك وبعض أئمة الحنفية يجيزون بيع المعدوم من الثمر والبقول والخضار ، تبعا للموجود اذا كان من طبيعته هذا التلاحق في الوجود فاستدلوا بما ورد في عقد السلم الذى جاز بالنص والاجماع ، وفي الاستصناع ، والاجارة ، وغيرها ، ومحلها معدوم ، لمكان الضرورة ، والشارع لايتناقض .

على أن ما ذهب اليه جمهور الفقهاء ، من أن الاصل تحقق وجود المحل وقت التعاقد ، شرطا لصحة العقد ، وما عدا ذلك انما جاء على سبيل الاستحسان ، كالاجارة وما اليها منقوض ـ كما يقول العز بن عبد السلام ـ بأن الشريعة طافحة بمسائل المعاوضة على المعدوم ولا يستقيم اعتبار الأصل أصلا ، اذا كانت الاستثناءات في جميع التصرفات اكثر مما يقتضيه ، وفي هذا المعنى يقول الامام العز بن عبد السلام ، مستنكرا رأى الجمهور بقوله : " والعجيب ممن يعتقد أن المعاوضة على المعدوم على خلاف الاصل ، مع أن الشريعة طافحة بها في جميع التصرفات .(١)

---

(١) قواعد الأحكام : جـ ٢ ص ١١١ ص ١١٣ ، ومن هذه الاستثناءات الاستصناع والسلم وبيع الثمار والخضار ، والازهار ، والاجارة .

ثالثا : أن يكون المحل مقدور التسليم وقت ابرام العقد :

هذا الشرط عام في جميع العقود (١) ، عند الشافعية والحنفية ولا يصح العقد اذا تخلف ، ولو كان المحل موجودا ومملوكا للعاقد كبيع سفينة غرقت في البحر ، أو بيع بضاعة مستوردة من الخارج أيام الحروب ، ولما تصل الى يد البائع ، أو بيع الحيوان الضال ، فالعقد باطل (٢) .

٩٠)

وجاء في تطبيقات هذا الشرط ايضا ، بيع اللبن في الضرع ، لانه لا يجتمع دفعة واحدة ، ولا بيع الصوف على ظهر الغنم ، لانه ينمو ساعة فساعة فيختلط الموجود وقت العقد بالحادث بعده على وجه لا يمكن معه التمييز بينهما فصار معجوز التسليم (٣) .

وتعليل هذا الاشتراط ، أن الغرض من العقد تنفيذ أحكامه ، ولا سيما حكمه الاصلي ، كانتقال الملكية في عقد البيع ، الى المشتري ، فاذا كان المبيع معجوز التسليم ، لم يتحقق الغرض الاصلي للعقد فيغدو عبثا ، عديم الفائدة .

وكذلك الحكم ، بل ومن باب اولى ، اذا كان محل العقد مستحيلا عادة او شرعا القيام به ، أو انجازه وتسليمه ، من مثل الاتفاق مع

---

(١) _ خلافا للمالكية الذين اشترطوه في عقود المعاوضات خاصة ، دون عقود التبرعات ، كما سيأتي .

(٢) _ المادة / ٢٠٩ من المجلة _ تبيين الحقائق _ جـ ٤ _ ص ٤٤ وما يليها _ البدائع _ جـ ٥ _ ص ٢١٠ .

(٣) _ البدائع _ جـ ٥ _ ص ٢١٠ _ الهداية _ جـ ٣ _ ص ٣٢ _ ص ٣٣ وانظر المادة / ٢٠٨ و ٢٠٩ _ من المجلة .

الطبيب على شفاء المريض نظير أجر معين ، باطل ، لان هذا يستحيل شرعا اذ الشفاء بيد الله تعالى ، فالعقد أوجب تكليفا أو التزاما لا يسع العاقد أن يوجده ، أو ينفذه ، وبذلك كان غير مقدور التسليم . غير أن المالكية أجازوا تخلف شرط القدرة على التسليم وقت التعاقد ، في التبرعات فلم يشترطوه فتجوز هبة البعير الشارد وما اليه والوصية بالمال المغصوب . فخالفوا بذلك الجمهور .

وحجتهم في ذلك ، أن النهي عن الغرر انما ورد في البيع خاصة وهو عقد معاوضة مالية ، فيقتصر عليه ، ويلحق به ما كان في معناه ويستثنى من ذلك التبرعات .

هذا ، واستدلوا بالمعقول ، وهو أن محل العقد في المعاوضات اذا كان غير مقدور التسليم ، فان بيعه يفضي الى المقامرة ، لانه يباع عادة بثمن أقل ، فاذا قدر المشترى على أخذه ، يكون قد قمر البائع ، وخدعه لانه أخذه باقل من ثمنه ، وان عجز عن ذلك ، يكون البائع قد قمره وغلبه لانه اخذ مالا دون أن يقدم عوضا مكافئا وفي كلا الحالين غرر ومنازعة وهو ما لا يجوز المصير اليه ، وهذا منتف في عقود التبرع ، اذ ليس المقصود فيها الربح (٢) ، بل التواد والتواصل واسداء الخير والاحسان الى الغير .

رابعا : أن يكون محل العقد معلوما عند طرفيه ، وقت العقد علما نافيا للجهالة الفاحشة المفضية الى النزاع غالبا ، تحقيقا للرضى الحقيقي الكامل :

٩٢) هذا الشرط متفق عليه في عقود المعاوضات المالية بما هي قائمة

---

(١) - المحلى - حـ ٨ رقم ١٣١ - لابن حزم الاندلسي .

(٢) - الخرشي - حـ ٣ - ص ٣٧٢ - المهذب - حـ ١ - ص ٢٦٣ مجمع الانهر - حـ ٢ - ص ٥٨ .

بأساس على تبادل العوضين فلا بد لكل من طرفي العقد ، أن يكون على بينة مما يأخذ ويعطي ، ليتم رضاه كملا ، والا فان الجهالة الفاحشة لا يتحقق معها الرضا ، وهو أساس التعاقد ، وحل انتفاع كل من العاقدين بمال الاخر ، فضلا عن أنها تفضي الى المنازعة ، مما يحول دون تنفيذ العقد ، واجتناء آثاره ، وما شرع التعامل في الاسلام لهذا المآل الممنوع.

ومن تطبيقات ذلك ، أن يقول بعتك شاة من هذا القطيع ، أو ثوبا من هذا الصندوق ، لجهالة المحل على نحو يفضي الى المنازعة .

وانما نشأت الجهالة الفاحشة من التفاوت الفاحش بين أفراد المبيع (١) .

ثم أن هذه الجهالة مانعة من التسليم ، فلا يتحقق المقصود من العقد (٢) .

بخلاف الجهالة اليسيرة ، فمغتفرة ، تيسيرا للتعامل .

هذا ، ومحل العقد اذا كان يتعين بالتعيين ، أصبح هو بذاته واجب التسليم ، دون غيره ، ولو كان من جنسه وليس للعاقد الاخر أن يسلمه شيئا اخر ، ولو من جنسه ، أو مثله ، أو في مثل قيمته ، أو اعلى قيمة منه (٢) .

---

(١) - البدائع - حـ ٥ - ص ١٥٦ - البحر الرائق - حـ ٥ - ص ٢٦٠
المرجع السابق .

(٢) - نصت المجلة على أن " المبيع يتعين بتعيينه في العقد مثلا لو قال بعتك هذه السلعة ، وأشار الى سلعة موجودة في المجلس ، وقبل المشترى ، لزم على البائع تسليم تلك السلعة بعينها ، وليس له أن يعطيه سلعة غيرها من جنسها "

هذا ، وتكفي الاشارة في تعيين محل العقد اذا كان موجودا في المجلس ، ويحصل بها علم المشترى به .

أما اذا كان المحل غائبا عن المجلس فيمكن تعيينه بالاوصاف التي تميزه عن غيره ، ليحصل العلم .

فاذا كان أرضا ، أو دارا ، أو سيارة ، فيجب بيان مساحتها وحدودها ، أو بيان موقع الدار ، وعدد طبقاتها ، ومساحتها ، أو بيان نوع السيارة ، وشكلها ، ومصدر صنعها ، وتاريخه ، ومدى جدتها واستعمالها ان لم تكن جديدة ، وهكذا من كل ما هو ضرورى لنفي الجهالة التي تورث النزاع .

وأما ان كان محل العقد من المثليات ، فيجب ـ لتعيينه وحصول العلم به ، أن يبين جنسه ، ونوعه ، وقدره ، والا بطل العقد ذلك لان رضا الطرفين ـ وهو أساس التعاقد ـ موقوف على ذلك اذ لو لم يكن المحل على الاوصاف التي تم الاتفاق عليها ، فان كان خيرا منه ، فات رضا البائع ، وان كان دونه ، فات رضا المشترى (١) . وكذلك يحصل العلم بالرؤية ان كان في مجلس العقد ، أو كانت قبله بوقت لا يحتمل تغيره فيه ، وسيأتي مزيد بيان في بحث وسائل تعيين المحل ، تحصيلا للعلم به علما نافيا للجهالة الفاحشة ، ومحققا للرضاء الكامل .

هذا في عقود المعاوضات المالية .

---

(١) ـ شرح المجلة ـ جـ ١ ـ ص ٢٠٦ ـ للاستاذ محمد سعيد مراد الغزى شرح المجلة ـ ص ٢٢٢ ـ ص ٢٢٤ للاستاذ منير القاضي .

أما في عقود التبرعات ،فقد مضى المالكية على أصلهم في التيسيرفيها ، فاجازوا الجهالة في محالها ولو فاحشة ،كالهبة ، والوقف ، والوصيـــة فقالوا بصحتها معها .

غير أن المالكية لم يجيزوا الجهالة الفاحشة،في المهر (١) ، في عقد زواج - وهو ليس عقد معاوضة مالية ، ولا عقد تبرع - بل أجازوا اليسيرة ن يتزوج ويجعل المهر أثاث بيت ، ويحتكم في تعيين ذلك الى العرف

وبذلك كان العرف - عند المالكية - سبيلا الى تحقيق امكانية العلم حل العقد ، ولو كان - في حد ذاته - مجهولا وقت التعاقد .

وتعليل هذا الرأى عند المالكية ،أن عقود التبرع ، وكذا عقـــد الزواج ، ليس المقصود منها الربح ،أو العوض المالي ، فالمتبرع لا يغـرم شيئا ، وكذا عقد الزواج ، ليس المقصود أصالة من ابرامه ، المال ،ولذا كانت الجهالة فيه لا تخل بالمقصد الاصلي منه ،والعرف كاف في ازالـــة الجهالة التي تلابس المهر ، صفة وقدرا ، فتغتفر الجهالة فيه بقـــدر أكثر من الجهالة في عقود المعاوضات المالية .

أما الشافعية ، فقد اشترطوا العلم بمحل العقد أيا كان ذلـــك العقد ، معاوضة أو تبرعا على ما سيأتي تفصيله .

وسائل تعيين المحل التي تنتفي معها الجهالة الفاحشة :

تعيين المحل بالوصف جنسا ونوعا وقدرا ،اذا كان من المثليات ، اجماعا :

يتعين محل العقد بالوصف جنسا ونوعا وقدرا ، اذا كان من المثليات

---

(١) - الخرشي - جـ ٣ - ص ٣٧٨ .

وفي عقود المعاوضة المالية وهذا بالاجماع ، كالقمح ، والشعير ، والزيت والقطن ، وما الى ذلك .

فلو قال بعتك من القطن السوري ، من نوع كذا ، مقدار كـــذا تعين المحل ، وأصبح معلوما لا جهالة فيه ، فيصح العقد ويلزم .

هذا اذا كان المحل من المثليات ، وفي عقود المعاوضات المالية .

ولا يغني في تعيين " المثليات " (المقدرات) بيان الجنس دون النوع والمقدار ، او الجنس والنوع دون المقدار .

وأما اذا كان المحل من " القيميات " فلا بد من تعيينه بالذات ، ببيان أوصافه الجوهرية ، حسب طبيعة المحل ، فاذا باع دارا فلا بد من ذكر موقعها ، وبيان مساحتها ، ومشتملاتها ، وعدد طبقاتها وغرف كل طابق ، ومساحة كل غرفة ، وارتفاعها . واذا كان محل العقد القيام بعمل أو الامتناع عن عمل ، فانه يجب بيان نوع العمل ، وصفته ، ومدته ، فالتعاقد على بناء دار مثلا ، باطل لجهالة المحل جهالة فاحشة (١) ، وكذلك الامتناع عن عمل لا بد من بيان نوعه ، ومدته ، كالامتناع عن سكنى المنزل الذى اشتراه ، مدة ثلاث سنوات من تاريخ العقد ، بشرط مقترن بالعقد لصالح البائع .

وفي المنافع ، يجب تعيين العين المؤجرة ، ونوع المنفعة ، والمدة ومقدار العوض ، تعيينا يمنع أسباب النزاع . واذا باع من الانعام مما تتفاوت افراده في القيمة تفاوتا يعتد به عرفا ، فيجب تعيين المبيع بالذات ، لان التفاوت الفاحش بين أفراده يجعل المبيع

---

(١) الجهالة الفاحشة هي التي تفضى الى النزاع ، وهي ضرب من الغرر

مجهولا جهالة فاحشة مفضية الى النزاع المشكل الذى يتعذر حسمه أمـــام القضاء (١) ؛ وهذا ضرب من الضرر المنهي عنه ، فلا بد من تعيـــين ذاتية المحل .

هذا ، ويتخذ الوصف وسيلة لتعيين المحل اذا كان عينا غائبة عن مجلس العقد ، وهو رأى الجمهور من المالكية والحنفية والحنابلة .

أما الشافعية (٣) ، فلا يرون " الوصف " للغائب ، وسيلة كافيـــة لتعيين المحل ، والعلم به ، ولو كان دقيقا ، فلا يصح معه العقد ، بل يرون أن " الرؤية " شرط انعقاد ، لانهم اعتبروها الوسيلة الوحيدة للتعيين ، ولذا اشترطوها دائما ، سواء أكان المحل قائما فـــي المجلس ، أم غائبا عنه (٤) ، فالاعيان الغائبة لا سبيل الى العلم بها الا الرؤية .

---

(١) ـ فلا يصح بيع دابة من الدواب ، أو شاة من القطيع ، أو أن يبيعه جميع ما في هذه الدار من الاثاث ، والدواب ، والثياب ، والحبوب .

(٢) ـ هذا ، وحكم العقد على مجهول ـ في فقة الحنفية ـ أنه فاسد لا باطل ، خلافا للجمهور الذين لا يفرقون بين الفساد والبطلان على ما سيأتي تفصيله . جاء في المجلة " بيع المجهول فاســد " مادة / ٢١٣ .

(٣) ـ وهذا مذهب الشافعي في الجديد ، وفي رواية عن الحنابلـــة ـ بداية المجتهد ـ حـ ٢ ـ ص ١٦٩ ـ مغني المحتاج ـ حـ ٣ ـ ص ٥٢٠ وما يليها .

(٤) ـ نهاية المحتاج ـ حـ ٣ ـ ص ٣٤ .

وعلى هذا ، لا خيار روئية في فقههم ، لان هذا يستلزم سبق انعقاد العقد غير لازم ، اذا لم تتم روئية محله عند انشائه ، وهم لا يقولون بانعقاده اصلا في هذه الحال ، فيقع باطلا ، ولا خيار في العقد الباطل لانعدامه أصلا وآثارا ولانه لا يقبل الاجازة ، وحجتهم في هذا ، قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ : (لا يحل سلف وبيع ، ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن ، ولا بيع ما ليس عندك) .

ووجه الاستدلال ، أن قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ " ولا بيع ما ليس عندك " ، محمول على الغائب الذى لم تتم روئيته ، هذا فضلا عن احتجاجهم بالنهي عن الغرر ، وبذلك منع الشافعية العقد على الاعيان الغائبة ، لعدم تحقق شرط الروئية ، وهو رواية عن الحنابلة .

ولم يوافق الجمهور (١) على هذا التفسير ، بل حملوه على بيع الانسان ما لا يملك ، بخلاف الغائب ، فلا نهي عن بيعه اذا كان مملوكا ، ويتم العلم به عن طريق الوصف اذا لم تتمكن روئيته ، ومشاهدته ، لعذر الغيبة وهي شرط في جميع العقود ، سواء أكانت من المعاوضات المالية أم التبرعات ولا نزاع في أن " الروئية " من أبلغ طرق العلم بمحل العقد اذا كان من الاعيان ، عقارا كان أم منقولا . هذا ، ويتوقف شرط الروئية على كون محل العقد عينا مشخصة .

---

(١) ـ راجع في مذهب الجمهور ـ فتح القدير ـ حـ ٥ ـ ص ٩٠ .
كشاف القناع ـ حـ ٢ ـ ص ٦٧ ـ نهاية المحتاج ـ حـ ٣ ـ ص ٢٧ وما يليها .
وراجع مصادر الحق ـ حـ ٢ ص ٦٣ وما يليها ـ
المبسوط ـ حـ ١٣ ـ ص ٦٩ وما يليها .

غير أن المالكية يوجبون الرؤية اذا كان المحل حاضرا في المجلس حتى اذا تمت ، كان العقد لازما .

أما اذا كان غائبا ، فالوصف الدقيق الذى تنتفي معه الجهالة يقوم مقامها ، ويقع العقد لازما اذا كان الوصف مطابقا ، والا فللمشترى خيار الوصف عند المالكية والحنابلة في رواية ، بخلاف الحنفية حيث يثبت خيار الرؤية مطلقا ، فالعقد لا يكون لازما عندهم الا بالرؤية ، ولو كانت أوصافه مطابقة لما تم التعاقد عليه .

واستدلوا بقوله - صلى الله عليه وسلم - " من اشترى ما لم يره فله الخيار اذا رآه " باطلاق وبحديث ليس الخبر كالمعاينة " .

- هذا ، ولا يراد بالرؤية الابصار ، بل هي أعم ، اذ تعتبر في كل شيء بحسبه ، فان كان من المشمومات ، أو المطعومات ، فان رؤيته تعتبر بشمه وذوقه ، بخلاف السيارة ، والدار ، والارض ، والحيوان وما الى ذلك .

ولا يشترط أن يرى محل العقد كملا ، بل تكفي رؤية جزء منه اذا كانت اجزاؤه لا تتفاوت تفاوتا يعتد به عرفا ، اذ العلم بالجزء ، يستلزم العلم بالكل .

- هذا ، والارجح ما ذهب اليه الجمهور ، تيسيرا للتعامل ، ولانتفاء الغرر . وفي الجملة ، فان الفقه الاسلامي يتشدد في شرط معلومية المحل تحقيقا للرضا الكامل (١) .

---

(١) - مغني المحتاج - جـ ٣ - ص ٣٤ - بداية المجتهد - جـ ٢ - ص ١٥٥ - منتهى الارادات - جـ ١ - ص ٣٤٢ - فتح القدير - جـ ٥ ص ٨٥ وما يليها - مجمع الانهر جـ ٢ - ص ٥٨ - المهذب - جـ ١ - ص ٢٦٣ احكام المعاملات الشرعية - ص ٤٠٠ وما يليها للاستاذ علي الخفيف .

٩٩) حـ ـ العلم بالاشــارة :

هذا ، ويتم العلم بمحل العقد ، أو تعيينه بالاشارة اليــــــه أو الى مكانه الخاص به ، اذا كان المحل موجودا في مجلس العقـــــد ولا تلزم الرؤية عند فريق من الفقهاء منهم الحنفية ، في هذه الحــــال كأن يقول البائع بعتك هذه السيارة ، مشيرا اليها ، أو يقول بعتك ما فـي هذا الصندوق ، أو ما في هذه الغرفة ، أو الكيس ، ويشير اليه ، شريطـة أن يكون ما في كل منها معروفا لدى المشترى قبل العقد علـــى الاصح .

وذهب بعض الفقهاء الى عدم اشتراط معرفة المشترى المسبقــــة والاصح الاول (١) ، اذ لا تنتفي الجهالة الفاحشة مع عدم العلم المسبق بما في المكان الخاص بالمحل ، وبشرط الا يكون قد مضى على علم المشــترى مدة يتغير المحل خلالها عادة (٣) .

---

(١) ـ منير القاضي ـ حـ ١ ـ ص ـ شرح المجلة
الاقناع ـ حـ ٢ ـ ص ٦٥ .

(٢) ـ والفقه الاسلامي يؤصل في هذا قاعدة عامة مؤداها أن " الوصف في الحاضر لغو ، وفي الغائب معتبر " .

(٣) ـ لا يتسع المقام للتفصيل باكثر من ذلك ، لمحدودية صفحــات المقرر حسب النظم المرعيـة .

الفصل الثالث

الارادة المنفردة
كمصدر للالتزام في الفقه الاسلامي

يعتبر هذا المصدر فرعا من مبدأ سلطان الارادة في الفقه الاسلامي غير أنها مقيدة بالمصلحة العامة ، وبعدم المساس بحق الغير ، أو الحاق الضرر به دون وجه حق ، وبالشروط التي اشترطها الفقهاء في العقد بالمعنى الخاص في الجملة .

هذا والارادة المنفردة (١) ، او التصرف الانفرادي (٢) اصطلاح غير معروف في الفقه الاسلامي ، بل في الفقه الوضعي ، وإن كان مدلوله مستقرا في فقهنا ، منذ نشوئه ، ومجاله أوسع ، ويطلق عليه العقد بالمعنى العام ، أو الايجاب الذى يتم بصدوره من الموجب وحده على وجه مشروع ، دون توقف على قبول طرف اخر ، ويترك اثره في محله .

---

(١) ـ لم يعرف الفقه الاسلامي هذا الاسم تعبيرا عن الايجاب الذى يتم بصدوره عن الموجب على وجه مشروع ، ليترك اثره في محله ، دون توقفه على قبول طرف آخر ، وإن كان " مدلوله " قد وجد في هذا الفقه ، واتخذ مجالا واسعا ، ولم يكن وجوده ثمرة لتطور هذا الفقه ، وانما أستقر فيه منذ نشوئه ، كمصدر للالتزام ، ويطلق عليه العقد بالمعنى العام .

(٢) ـ هذا ويطلق بعض الفقهاء اسم التصرف الانفرادي ، غير انا نسجل أن هذا المعنى أعم من مفهوم الارادة المنفردة كمصدر للالتزام

تعريف الارادة المنفردة كمصدر للالتزام :

يمكن تعريفه : بأنه : ايجاب يتم على وجه مشروع يترك أثره في محله والمكلف في الشرع ، يصبح ملتزما بما يلزم به نفسه ، وبارادته الحرة تجاه الله تعالى ، أو الكافة ، أو جهة عامه ، أو شخص معين ، أو غير معين .

مجال الارادة المنفردة :

لا ينحصر مجالها في الالتزامات المالية ، بل يتعداها الى غيرها من الالتزامات غير المالية .

أما في الالتزامات المالية ، فمن مثل الكفالة ، والابراء من الدين والجعالة ، والنذر ، وفي اجازة عقود المعاوضات المالية الموقوفة . وأما غير المالية ، فمن مثل الاسقاطات ، كالطلاق المجرد ، واسقاط حق الشفعة .

وعلى الجملة ، فان الارادة المنفردة ، اما أن تنشيء التزاما معينا كالوصية والوقف والكفالة (٢) ، أو تجيز تصرفا ، كالعقد الموقوف ، او تسقط

---

(١) - الايجاب هو القول الصادر أولا ، والمتضمن الزاما ذاتيا للموجب نفسه ، ولكنه غير متوقف على قبول طرف آخر ، فخرج العقد بالمعنى الخاص .
- وعلى وجه مشروع ، باستكماله شروط العقد الصحيح ، صيغة ، ومحلا واهلية .

(٢) - الكفالة تتم وتلزم بمجرد الصيغة ، بقولك كفلت لك دينك ، قبل فلان ، وان لم يصدر من الدائن قبول عقب الايجاب ، عند المالكية والحنابلة واصح القولين عند الشافعية ، وهو مذهب الزيدية ورأى أبي يوسف - خلافا لابي حنيفة ومحمد - التصرف الانفرادى ص ٥٧ - الشيخ علي الخفيف .

حقا كالشرط ، وكالطلاق المجرد (١) ، كل ذلك يتم ويلـزم بمجرد الايجاب وحده .

على أن الارادة المنفردة من شروطها الا تحل حراما ، أو تحرم حلالا ، فاذا قال شخص حرمت على نفسي هذا الطعام ، لم يلزمه تحريم أو قال أوجبت على نفسي لبس الحرير ، لم يلزمه حل ولا التزام .

فالارادة المنفردة - في الفقه الاسلامي - تنتج آثارا شرعية معينـة .

هذا ، والارادة المنفردة تصلح سببا للالتزام البات في بعض الاحوال المتعينة ، عند الجمهور ، وقد نصت عليها الشريعة ، كالوقف ، والوصيـة والنذر ، والابراء ، والكفالة ، والجعالة ، وهي مصدر للالتزام بالديـن في هذه الاحوال .

وقد تكون مصدرا للالتزام بغير الدين ، في أحوال معينة أيضـا من مثل الطلاق المجرد ، واسقاط حق الشفعة ، كما ذكرنـا

وذهب المالكية الى أنها مصدر عام للالتزام بالدين ، لقولـه تعالى : " يا أيها الذين آمنوا ، اوفوا بالعقود " وغير ذلك من النصوص التي توجب الالتزام على الانسان بما يصدر عنه من عهد .

أما في غير الالتزام بالدين ، فلا تصلح مصدرا عاما ، بل تكـون مصدرا للالتزام فيما نص عليه الشارع (٢)

أركان الالتزام الانفرادى :

هذا الالتزام يتم من جانب واحد هو الملتزم ، ولا يتوقف على قبـول من الطرف الاخر ، فأركانه ثلاثـة :

---

(١) - (٢) - الطلاق المجرد هو ما لم يكن على مال (٣) بعد وفاة الموصي

الايجاب (١) - الملتزم - المحل .

شروطه :

يشترط في الملتزم ، أن يكون عاقلا بالغا مختارا ، غير محجور عليه ، لسفه ، أو دين ، ان كان الالتزام محله المال ، أو اسقاط مال ، لانه ضرب من التبرع ، فلا بد أن يكون الملتزم من أهله .

ومن ابرز تطبيقاته الجعالة .

الجعالة :

هي التزام يوجبه شخص على نفسه ، بارادته المنفرده ، بمال معين معلوم لمن يقوم له بعمل معلوم .

فالجعل اذن ، التزام بمال معين نظير عمل معين ، كأن تقول : من رد علي سيارتي المسروقة ، أو من حفر لي بئرا في أرضي فاستنبط منها الماء ، أو من يدل على مجرم ، فله كذا ، مما يتعلق بالمصالح العامة والخاصة .

هذا ، وقد يكون الايجاب موجها الى شخص معين أو غير معين (٢) أى الى الكافة .

ويلاحظ أن العمل الذى هو محل الالتزام في الجعاله ، قد تلابسه جهالة غير يسيرة ، اذ لا يعرف مدى الجهد المبذول في سبيل تنفيذ

---

(١) - الايجاب هو الصيغة - الملتزم هو الموجب - والمحل هو الملتزم به .

(٢) - المرجع السابق .

الملتزم به ، فهو غير محدد المدة ، وقد لا يكون محدد المكان أيضـــــا كما في رد الحصان الشارد ،أو المتاع الضائع ، غير أن نشوء هذا الالتزام لا يتوقف على قبول الطرف الاخر ،اذ قد يكون غير معين .

حكم الجعالـــة :

الجعالة مشروعة في الفقه الاسلامي ، ودليل ذلك ، قوله تعالـى : " ولمن جاء به حمل بعير ، وأنا به زعيم " وهذه هي الجعالـــة وارادها في القرآن الكريم دون نقضلها ، او نكير عليها ، يدل علـى مشروعيتها .

شروط الجعالـــة :

١ - أن يكون العمل الملتزم به معينا ، على الرغم من ملابسة الجهالة غـــير اليسيره ، وهذا يستلزم الا يحدد الزمن لاتمام تنفيذ (١) الملـــــتزم به ، والمعمول به ، والمعول عليه هو حصول الجاعل على المنفعة .

٢ - أن يحدد الجعل أو العوض تحديدا يفيد العلم به .

٣ - الا يعطى الملتزم العوض فور التعاقد .

٤ - الا يكون واجبا على الملتزم ذلك العمل ،فلو كان المتاع المطلـوب رده

(١) - يرى المالكية انه لا يجوز تقدير زمن معين ،اذ قد يستغرق العمـل الملتزم به زمنا أطول ،فيضيع على الملتزم ما قدم من جهد ، قبـــل الفراغ من العمل ، الا ان يكون قد اشترط عليه ان يترك العمـــل متى شاء ،فانه يجوز ضرب الاجل فيه ، لخفة الضرر .

، الخرشي -حـ ٤ -ص٥٩ - ٦٦ .

بجعل ، موجودا عنده ، أو كان يعلم مكانه ، وجب عليه رده ، ولا يثبت له حق في الجعل .

على أن الفقهاء اختلفوا في بعض التصرفات ، هل تتم بارادة منفردة او هي عقد لا بد فيهما .

من الطرف الاخر ، من مثل الكفاله ، والابراء من الدين .

فأما الكفاله ،فيرى المالكية وأبو يوسف أنها التزام من جانب واحد فكانت من قبيل الالتزام بالارادة المنفرده ، خلافا للشافعية وبعض الحنفية حيث يرونها "عقدا" يتوقف انعقاده على قبول الطرف الاخر .

وأما الابراء من الدين ، فالحنفية يرون أنه التزام انفرادى يتم بالايجاب وحده ، خلافا للمالكية الذين يرونه "عقدا" لا بد فيه من قبول المدين ،اذ الابراء فيه معنى التمليك ، وليس لاحد ولاية على غيره في أن يملكه شيئا دون رضاه ، دفعا للمنة .

المبحث الأول

تولي الشخص الواحد طرفي العقد

العقد ايجاب وقبول ، فلا بدّ لانعقاده من تعدد التعاقد ، لانه ينشئ حقوقا والتزامات متقابلة ، أو متباينة ، فلا يتصور أن يكون العاقد واحدا .

فعقد البيع مثلا ، ينشئ حقا للمشترى في تسلم المبيع ، والتزاما على البائع ، بتسليمه ، ولا يتصور أن يكون العاقد الواحد مسلما ومتسلما أو دائنا وملتزما في آن واحد ، للتناقض ، وايضا ، الحنفية يرون أن آثار العقد في المعاوضات المالية خاصة ، تنصرف الى " العاقد " لا الى الاصيل فلو كان العاقد وكيلا عن الجانبين ، مثلا ، إنصرفت آثار العقد اليه هو لا الى طرفي العقد الاصيلين ، فيقع التناقض على النحو الذى قدمنا ، بينما يرى فريق من الفقهاء ، أن آثاره ترجع الى الاصيل ، ولهذا هو منشأ الخلاف كما سنرى ، والشافعي كذلك ، لم يجز أن يتولى شخص واحد طرفي العقد ، الا اذا كان وليا شرعيا في عقد الزواج ، وتولى عقد زواج حفيديه للضرورة ، اذ لا يتأتى منهما التوكيل ، خلافا لزفر الذى لم يجز ذلك باطلاق ، وحجته في ذلك قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ : " كل نكاح لا يحضره اربعة ، فهو سفاح : خاطب وولي وشاهدا عدل " . وعلى هذا فالشافعية ، وزفر ، لا يجيزون تولي الواحد طرفي العقد ، الا اذا كان جدا وليا عن حفيديه في عقد الزواج ، كما قدمنا ، فيجيزه الشافعية للضرورة ، وهذا هو الرأى الاول .

وذهب الحنابلة والمالكية الى جواز أن يتولى الواحد طرفي العقد في كافة العقود ـ المالكية منها وغير المالية ـ اذا كان ذا صفة شرعية

من ولاية أو وكالة . وحجتهم في ذلك ، أن العبارة ما دامت صادرة عن شخص ذى صفتين شرعيتين ، فانها بمنزلة عبارتين من طرفي العقد كأن يكون وكيلا عنهما ، أو أصيلا عن نفسه ، ووكيلا أو وليا عن غيره .

وايضا ، آثار العقد تتعلق بالاصيل لا بالوكيل ، العاقد ، فينتفي التناقض ، اذ ترجع آثاره الى طرفيه الاصيلين .

- وعلى هذا ، فان كان العاقد اصيلا من طرف ، ووكيلا أو وليا عن غيره من طرف آخر ، كانت عبارته قائمة مقام الايجاب ، باعتباره أصيلا ومقام القبول ، باعتباره وكيلا أو وليا ، وهذا لا تناقض فيه .

واحتمالات تولي الواحد طرفي العقد تنحصر فيما يلي :

١ - أن يكون أصيلا من جانب ، ووليا من جانب آخر ، كأن يبيع الاب مال ابنه من نفسه .

٢ - أن يكون وليا من جانب ، ووكيلا من جانب اخر ، كأن يوكله شخص أن يزوجه من ابنته الصغيرة .

٣ - أن يكون وكيلا من الجانبين ، كأن يوكله في أن يزوجه ، وتوكله امرأة أيضا أن يزوجها .

٤ - أن يكون أصيلا يعقد لنفسه ، ووكيلا عن الطرف الاخر ، كما اذا وكلته امرأة أن يزوجها من نفسه .

٥ - أن يكون وليا من الجانبين ، بأن يكون جدا وليا شرعيا على حفيديه من أولاده ، فيزوج ابن ابنه ، من ابنة ابنه الاخر (يزوجه ابنة عمه) .

فالصفة الشرعية التي يصح بها تولي الواحد طرفي العقد ، اما أن تكون ولاية ، أو وكالة ، فضلا عن الاصالة ، وهذا هو الرأى الثاني .

ومن هنا لا تصح " الفضالة " أساسا لصحة تولي الشخص الواحد

طرفي العقد ، فلا ينعقد سواء أكانت الفضالة من جانب ، أو من جانبين لانتفاء الصفة الشرعية ، وكذا عند ابي حنيفة ومحمد ، وينعقد موقوفا عند أبي يوسف - أما جمهور الحنفية ، فيما عدا زفر فذهبوا الى عدم صحة تولي الواحد طرفي العقد ، بصيغة واحدة ، في عقود المعاوضات المالية خاصة ، بناء على أصل عندهم ، مقتضاه أن آثار العقد - حقوقه والتزاماته - ترجع الى العاقد ، لا الى الاصيل ، فيقع التناقض ، بخلاف عقد الزواج فيصح ، لان آثاره ترجع الى الاصيل في كل طرف ، والوكيل مجرد سفير ومعبر عن ارادة الاصيل ، خلافا لزفر ، للحديث الذي روينا ، وهذا هو الرأى الثالث .

هذا ، واستثنى الحنفية ما تقضي الضرورة جوازه ، استحسانا ، ومن ذلك ، بيع الاب أو وصيه ، أو القاضي ، مال الصبي الذي في [illegible] من نفسه ، أو شراؤه منه ، وبيع الاب مال أحد ولديه الصغيرين للآخر للضرورة ، اذ لا تتأتى منهما الوكالة ، والا ضاعت مصالحهما ، والاب موفور الشفقة بالنسبة لاولاده ، فتنتفي مظنة الاضرار بهم ، كما اجازوا للقاضي أن يبيع مال قاصر لقاصر آخر ، لا ولي لهما ، أو أن يبيع مال وقف لوقف آخر ، اذا لم يكن لهما متول عليهما ، لان للقاضي الولاية العامة .

- أما عقد الزواج ، فقد أجاز الحنفية [illegible] طرفي العقد ، [illegible] الاصيل ، وان العاقد مجرد سفير ومعبر عن ارادة الاصيل .

والراجح هو هذا الرأى الاخير (١) .

---

(١) - حكم الشروط المقترنة بالعقد قد فصلت احكامها في الفقه المقارن ، لذا تفاديا للتكرار الممل والمخل ، لم نورده في هذا المقام .

المبحث الثانـــــــــي

الارادة الظاهرة والارادة الباطنـــــــــــــة

قدمنا ، أن أساس التعاقد هو الارادة ، أو الرضا ، لكنـــه أمر نفسي ، فاقيم مقامه أمور محسة مدركة ظاهرة منضبطة هي مظنـــة وجوده ، كالقول ، والكتابة والاشارة والمبادلة الفعلية كما قدمنا وهي ما نطلق عليه الصيغة فكان ثمة ارادتان - كما يقال - ارادة باطنـــة واخرى ظاهرة .

فالارادة الباطنة (١) هي قصد العقد ، والرغبة في انشائه ، مـــع الرضا بما يترتب عليه من آثار .

أما الظاهرة ، فهي الايجاب والقبول ، أو ما يقوم مقامهما ، ممـــا يدل على الباطنة ، فكانت الظاهرة قرينة نشوء العقد على وجود الباطنة ، وهي سبب نشوء العقد ، لكنها تقبل اثبات العكس اذا قام دليل قاطع أو قـــوى يثبت أنها لم تعد مظنة أو دليلا على وجود الباطنة .

ويترتب على هذا أن الاصل ، أن الارادة الظاهرة تدل على وجـــود الباطنة ، وانهما متفقتان ، ومتطابقتان ، فينعقد العقد بالظاهـــرة ما لم يدل دليل على خلاف ذلك على ما سيأتي تفصيله ، فلا بد من قيـــام الارادتين ، وتطابقهما ، لينشأ العقد .

وتأسيسا على هذا لا ينعقد العقد بالارادة الباطنـــة (النية) وحدها ، ولا ينشأ بها التزام ، ما لم تخرج هذه الارادة من حـــيز الخفاء الى حيز الظهور ، فمن نوى البيع مثلا ، لا ينعقد بيعـــه بمجرد النية ، ومن نوى الطلاق دون أن يظهر هذه النية لا يقـــع

---

(١) - الفقهاء يعبرون عن الارادة الباطنة بالقصد أو النية ، وعـــن الظاهرة بالصيغة المنشئة .

طلاقه .

وأيضا ، لا عبرة بالظاهرة وحدها ، اذا قام الدليل على انتفاء الباطنة قطعا ، بأن صدرت الصيغة أو الارادة الظاهرة من مجنون أو صبي غير مميز ،أو من مكره أو نائم ،أو سكران ، عند بعض الفقهاء ، اذ لا يترتب عليها أثر ،لان الارادة الباطنة ،أساسها التمييز ، وهو منتف في هذه الحالات ،فانتفت بذلك الباطنة التي هي الاصل في انشاء العقد ولم تعد الظاهرة وحدها تصلح تعبيرا عن شيء ، فكانت لغوا ، والدليل على انتفاء الباطنة ، هو الجنون أو السكر أو النوم وعدم التمييز .

أما اذا لم تتفقا أو لم تتطابقا ففي هذه الحال تفصيل نورده فيمايلي :

عدم تطابق الارادتين :

ينجم عدم التطابق عن اسباب منها أن يكون التلفظ بالعبارة بقصد الهزل ، أو التعليم والحفظ ،أو التمثيل ، والحكاية ،أو تحت ضغط الاكراه ،عند بعض الفقهاء .

وقد اختلف الفقهاء في حالات اختلاف الارادتين من حيث تقديم احدى الارادتين على الاخرى ، فمن الظاهرة ،قال بانعقاد وترتب اثاره ومن رجح الباطنة أبطله ، وليس ثمة من قاعدة عامة التزمها الفقهاء في هذا الترجيح ،بل يختلف في كل حالة على حدة .

الحالة الاولى :

أن تصدر العبارة ممن يقصد النطق بها ، ويدرك معناها ويستعملها فيه ، ولكنه لا يقصد انشاء العقد ، ولا ترتب آثاره عليه ،بل يريد

غرضا آخر هو التعليم ، أو الحكاية أو الحفظ أو التمثيل ، فهذه تعتبر لغوا ، لا أثر لها ، اذ القرينة دلت على انتفاء الارادة الباطنة لانشاء العقد .

الحالة الثانية :

أن يقصد العبارة التي ينطق بها ، وهو مدرك لمعناها ، ولكنه لا يرغب في انشاء العقد ، وترتب آثاره ، وانما يريد غرضا آخر ، هو الهزل واللعب ، أو التظاهر بأنه يريد انشاء العقد ، كالمكره دفعا للضرر والأذى عن نفسه .

١ - تصرفات الهازل :

هذا وقد اتفق جمهور الفقهاء في حالة الهزل ، على صحة التصرف في الامور التي يستوى فيها الجد والهزل ، لدليل من الشارع ، وذلك كالزواج ، والطلاق ، والرجعة ، لقوله - صلى الله عليه وسلم - : " ثلاث جدهن جد ، وهزلهن جد ، الزواج والطلاق ، والرجعة . " وأيضا هذه التصرفات يتعلق بها حق الله ، وهذا ليس موضعا للهزل ، فيؤاخذ بما نطق ، وتلزمه آثاره ، لقوله تعالى :

" ولا تتخذوا آيات الله هزوا " ولا تسمع دعواه بانه كان هازلا .

أما في غير ذلك من التصرفات ، فقد اختلف فيها الفقهاء على قولين :

أولهما : الاخذ بالظاهرة ، والحكم بصحة التصرف وترتب آثاره عليه الا اذا تضمنت الصيغة نفسها ما ينقض دلالتها على الباطنة وهذا اتجاه موضوعي - كما ترى - يقصر النظر على العبارة نفسها لانها هي المعول عليها في نشوء التصرف دون اعتداء بالارادة الخفية ، أو استقصائها والتحرى عنها ، ولا عبرة بالادعاء بالهزل

لما في ذلك من فتح لباب يفضي الى عدم استقرار التعامل بين النـــاس وهدم الثقة فيما بينهم .

وذهب جمهور الفقهاء الى أن تصرفات الهازل لغو ، اذا دلـــت القرائن على انتفاء الرضا الذى هو أساس التعاقد ، باستثناء الــــزواج والطلاق والرجعة ، لتعلق حق الله تعالى بها ، كما ذكرنا ، ولا يقـــاس عليها غيرها ، فلا بد من تحقق الرضا (١).

والراجح ما ذهب اليه الجمهور .

هذا ، والشارع يشير الى هذا ، لان مساواته بين الجد والهزل فـــي الامور الثلاثة المذكورة ، دليل على أن الاصل هو التفرقة بـــين صدور العبارة جدا ، وبين صدورها هزلاً ، أو عبثا ، فالاولى تنشيء العقد ، لتوفر الرضا ، دون الثانية ، والا ما كان للتسوية بين الجـــد والهزل في التصرفات الثلاثة المستثناة أى وجه معقول هذا ، والاعتداد بعبارة الهازل وتصحيح تصرفاته يؤدى الى أكل اموال الناس بالباطـــل اذ لا تقوم على أساس التراضي ، وهذا محرم بالنص فما يؤدى اليه باطل .

٢ ـ تصرفات المكره :

أما الاكراه على عقد بغير حق ، فيبطله عند الجمهور مطلقا ، لان الاكراه

---

(١) ـ البحر الرائق ـ حـ ٥ ـ ص ٢٦٠ ـ ص ٢٦١

وذهب بعض الحنفية الى أن عقد الهازل فاسد لا باطل ، لان اختياره قائم ، بقصده الى التلفظ بالصيغة ، ولكن تخلف الرضـا وهو شرط صحة ، فكان فاسدا ـ مجمع الانهر ـ حـ ٢ ـ ص ٦٥ .

يعدم الاختيار والرضا في اجتهادهم ، فالارادة الظاهرة نفسها ، أو الصيغة معدومة مع الاكراه شرعا ، وان وجدت حسا ، وكيف ينشأ عقد بغير سبب قائم حقيقي ظاهر معتبر ؟؟؟ خلافا للهازل ، اذ تلفظه بعبارة العقد بمحض اختياره ، وهذا هو رأى الشافعية والمالكية والحنابلة .

وحجتهم في ذلك قوله - صلى الله عليه وسلم : " رفع عن أمتي الخطأ والنسيان ، وما استكرهوا عليه " والرفع مقصود به رفع الحكم فالمكره لا يؤاخذ بما صدر منه من قول ، ولا يترتب عليه حكم ، في هذه الحال ، لصريح النص ، وأيضا ، لا رضا مع الاكراه ، والرضا أساس الانعقاد وانما نطق المكره بالصيغة ، دفعا للضرر والاذى ، لا رضا بالعقد وآثاره فافتقد التصرف بذلك أساس انعقاده . وذهب الحنفية ، الى أن عبارة المكره صحيحة ، ينعقد بها العقد ، ولكنه فاسد عند بعضهم ، موقوف على زوال الاكراه عند الآخر ، واستثنوا من ذلك العقود الخمسة ، فانها تقع صحيحة ، لا فاسدة ولا موقوفة ، لانها وقعت صحيحة مع الهزل ، فكذلك مع الاكراه قياسا ، اذ الشارع استثناها ، كما علمت .

وحجتهم في ذلك ، أن الاكراه لا يعدم الاختيار ، وانما يعدم الرضا والاختيار كاف في الانعقاد ، والرضا شرط صحة ، وتخلفه يوجب الفساد البطلان ، فيجب التفرقة اذن في الحكم على التصرفات بين الاختيار والرضاء المكره مختار للصيغة ، دفعا للاذى ، واختيارا لاهون الشرين ، ولكنه غير راض بأى من الشرين ، ولا بآثار الصيغة .

وبالاختيار ينعقد العقد ، ولكنه فاسد لتخلف شرط الصحة وهو الرضا (١) .

---

١) - أما زفر ، فيرى أن الرضا شرط نفاذ ، لا شرط صحة ، فينعقد العقد عنده صحيحا موقوفا .

أما الجمهور فلا يفرقون بين الاختيار والرضا ، فهما مترادفان فانتفاء أى منهما يستلزم انتفاء الآخر ، وفي مسألتنا انتفى الرضا فاستلزم انتفاء الاختيار ، فيقع العقد باطلا .

ومذهب الجمهور هو الراجح ، اذ لا رضا مع الاكراه ، فلا يقع معه طلاق ، ولا ينعقد معه عقد زواج ، ولا طلاق ، ولا يقاس الاكراه على الهزل ، لتباين حقيقة كل منهما .

منشأ الخلاف :

يرجع الخلاف الى أن الارادة الباطنة ، هل تتحقق بالاختيار والرضا أو تتحقق بالاختيار دون الرضا ، ويكون الرضا شرط صحة لا أساس انعقاد : فالجمهور يرى ، أن الاختيار والرضا مترادفان ، اذ حقيقتهما واحدة ، فكانا متلازمين .

هذا ، ويعرفون الاختيار بأنه القصد الى التلفظ بالعبارة المنشئة للعقد التي تفصح عن الرغبة في آثاره ، وهذا هو الرضا بعينه بخلاف الحنفية الذين يرون أن الاختيار والرضا ، حقيقتان متباينتان ولا تلازم بينهما ، فقد يوجد أحدهما دون الاخر ، ويترتب عليه أثره .

فالاختيار هو القصد الى النطق بالعبارة . أو الصيغة المنشئة للعقد ، سواء أصحب ذلك رغبة في تحقيق آثاره أم لا ، أما الرضا ، فهو الرغبة في تحقيق الاثار ، والالتزام بها . وفرق بين القصد الى الصيغة ، والتلفظ بها ، وبين الرغبة في آثارها .

وتأسيسا على هذا ، فالمكره مختار للصيغة ، غير راض بالاثر فينعقد العقد فاسدا عند الحنفية ، لتخلف الرضا ، وهو شرط صحة

ويقع باطلا عند الجمهور ، لان تخلف الرضا يستلزم تخلف الاختيار
اذ هما حقيقة واحدة ، كما قدمنا .

الحالة الثالثة :

عبارة السكران :

السكران فاقد الوعي ، زائل العقل ابان سكره ، من خمر أو غيره
يتناوله باختياره مع العلم بحرمته .

فاختلف الفقهاء في حكم عبارته .

فالجمهور على أنه مؤاخذ بعبارته ، عقوبة له ، اذ لا ينبغي أن يكون السكر سببا في اعفائه من التزاماته ، ولان المحرم لا يكون طريقا الى النعمة

وذهب الحنابلة الى أن عبارة السكران لا يعتد بها ، ولا ترتب التزاما ، لفقدانه الوعي والتمييز ، فزوال عقله ألحقه بالمجنون ففقد الارادة ، وأشبه المكره من هذه الناحية ، اذ كلاهما مسلوب الارادة ، وان كان السكران يزيد على المكره ، بانه مسلوب العقل أيضا .

وبعض الفقهاء يفرق بين السكر بحلال أو بمحرم ، فيؤاخذه في الاول دون الثاني .

ونحن نرى ، أن عبارة السكران لاغية ، لا يترتب عليها أثر لانه مسلوب العقل والارادة ، وهما أساس التكليف ، وصحة التصرف .

وأما عقوبته على جريمته ، فقد تقررت بالحد ، ولا يزاد على ذلك الا بنص .

١٢٤) الحالة الرابعـة :

ان تصدر العبارة عن المخطئ والناسي ، فالجمهور على أن لا اعتداد بها ، ولا يترتب عليها أثر .

على أن المخطئ والناسي قد نطقا بالعبارة دون قصد لهما فلا ارادة ولا رضا ، كما ترى .

وحجتهم في ذلك أيضا ، قوله تعالى : " وليس عليكم جناح فيما اخطأتم ، ولكن ما تعمدت قلوبكم " وقوله صلى الله عليه وسلم: " رفع عن امتي الخطأ والنسيان ، وما استكرهوا عليه " فاذ قام الدليل على الخطأ والنسيان ، كانت العبارة لغوا ، ولا يترتب عليها التزامات لا قضاء ولا ديانة ، بخلاف ما اذا لم يثبتا ، فان كان صادقا في دعواه كان غير ملزم ديانة ، وتبقى مؤاخذته أمام القضاء .

خلافا للحنفية ، حيث قالوا بصحة عبارة المخطئ والناسي ، عملا بمبدأ استقرار التعامل ، وسدا لذريعة ادعاء الخطأ والنسيان (١) ، ورأى الجمهور أرجح ، لانتفاء القصد والرضا بداهة .

وأما استقرار التعامل ، فمتحقق ، لانا لا نحكم بالغاء عبارة المخطئ والناسي ، بمجرد الادعاء ، بل بعد اقامة الادلة على ثبوت ذلك .

١٢٥) الحالة الخامسة :

ان يقصد العاقد بالعبارة انشاء العقد ، ويرغب في ترتب آثاره ،

---

(١) ـ رد المختار ـ حـ ٢ ـ ص ٢٣٦ ـ مجمع الانهر ـ حـ ١ ـ ص ٣٨٤
الاشباه والنظائر ـ ص ٢٤ ـ ابن نجيم ـ شرح الخرشي وحاشيته حـ٣ ـ ص ١٧٣ .

ولكنه ـ مع ذلك ـ يقصد الى اتخاذ هذا التصرف المشروع في ظاهره ذريعة الى تحقيق غرض آخر ، يناقض قصد الشارع من أصل تشريعه باحلال محرم ، أو هدم واجب ، أو الاعانة على تحقيق غرض غير مشروع وهو ضرب من التعاون على الاثم والعدوان ، وهذا ما تناولناه تفصيلا في نظرية الباعث .

الفصل الرابع

آثار العقد

آثار العقد نوعية ، بمعنى أنها تختلف باختلاف طبيعة كل عقد فاذا كان عقد البيع ينتج آثارا معينة خاصة به قد شرع من اجلها ، كانتقال ملكية المبيع الى المشترى ، وملكية الثمن الى البائع ، وثبوت حقه في المطالبة به اذا كان حالا ، والتزام البائع بتسليم العين المبيعة ، وما الى ذلك ، فان عقد الرهن يوجب آثارا مختلفة بالنظر لطبيعة هذا العقد الاستيثاقي ، فيثبت للمرتهن استحقاق قبض المرهون ، وحق احتباسه لاستيفاء دينه من ماليته ، عند انتهاء الاجل ، وعدم وفاء المدين

١٢٦) وكذلك عقد الاجارة ، آثاره ، انتقال ملك المنفعة الى المستأجر بعوض ، واستحقاقه لقبض العين المؤجرة ، ليتمكن من استيفاء منافعها والتزامه بدفع الاجرة .

هذا وقد يكون أثر العقد التزاما بالقيام بعمل ، كالاجير أو الوكيل مما يوجب على رب العمل أو الموكل التزاما بدفع الاجر .

وعقد الزواج يوجب من الآثار حل المتعة الزوجية ، والتزام الزوج بالمهر والنفقة والسكن والعلاج الطبي ، والتزام الزوجة برعاية حق الزوج ، وطاعته ورعاية أولادها منه ، والقيام بشؤون الاسرة .

١٢٧) وهكذا ترى ، أن آثار العقود متنوعة ، تبعا لتنوع طبيعة كل عقد ، والغرض الاقتصادى أو الاجتماعي الذى شرع من أجله .

على أن هذه العقود أسباب جعلية ، بمعنى أن الشارع هو الذى جعلها اسبابا ليرتب آثارها عليها ، فالشارع هو الذى منحها قوة انتاج

آثارها بعد اتخاذ العاقدين السبب ، وهو ابرام التصرف أو العقد على الوجه المشروع .

فآثار العقد من ترتيب الشارع ، لا من عمل المتعاقدين وارادتهما وهذا يقتضينا تقسيم العقود ، لتبين آثار كل قسم منها .

المبحث الاول

تقسيم العقد من حيث ترتب آثاره عليه وعدمه ، الى صحيح وغير صحيح

يقصد بالعقد في هذا المقام ، معناه العام الشامل للعقد الثنائي الطرف ، كالاجارة ، والعقد بارادة منفردة ، كالوقف ، والجعالة والوصية .

هذا ، ولا خلاف بين الفقهاء في تحديد مفهوم العقد الصحيح (١) فهو ما كان مشروعا باصله ووصفه ، كما يقول الحنفية .

ومعنى أصله ، ركنه ، وشرائط ركنه أو انعقاده ، وأما وصفه ، فهو شروط صحته .

١٢٨ (أ) ومقومات أصل العقد هي الصيغة ، وما يقوم مقامها ، وشروط هذه الصيغة ، كما علمت ـ من التطابق ، ووحدة مجلس العقد وبقاء الايجاب قائما حتى يتصل به القبول ، فهذه شروط انعقاد أو تكوين .

وايضا ، العاقدان ، اذا كان العقد ثنائي الطرف ، أو العاقد اذا كان تصرفا انفراديا ، اذ لا يتصور قيام عقد دون عاقد ، وكذلك شروط

---

(١) ـ البدائع ـ جـ ٥ ـ ص ٣٠٥ ـ الاشباه والنظائر ـ ص ١٠٨ ابن نجيم.

العاقد ، من التمييز ، وهذه هي الاهلية ، وان يكون ذا ولاية على ابرام العقد ، أصالة أو نيابة ، وهذه من شروط الانعقاد أيضا عند الجمهور .

وكذلك محل العقد ، اذ لا عقد بلا محل يترك فيه اثره ، وشروط المحل ، من أن يكون محقق الوجود ، عند الجمهور ، وأن يكون مالا متقوما مملوكا ، معلوما ، مقدور التسليم ، كل ذلك عند ابرام العقد .

وأصل العقد هذا ، ومقوماته ، ركنا وشروط انعقاد ، اذا اختل واحد منها وقع باطلا بالاتفاق ، لا يترتب عليه أثر من آثار العقد الصحيح ويعتبر معدوما شرعا ، وان وجد صورة ، لان الخلل في ماهية العقد حتى اذا توافر أصله ، فقد وجدت حقيقته وماهيته عند جمهور الفقهاء .

وأما وصف العقد ، فهي الامور العارضة الخارجة عن ماهيته وأصله كشروط صحته ، وخلوه من الربا ، والغرر ، وغيرهما مما نهى الشارع عنه كاقترانه بشرط فاسد .

فالشهود مثلا من شروط صحة عقد النكاح ، وجهالة الثمن في البيع أو جهالة الاجل ، وصفان عارضان نهى الشارع عنهما .

فالوصف أمر عارض خارج عن الماهية .

وعلى هذا ، فالعقد الصحيح : هو ما توافرت فيه مقوماته التي تتحقق بها ماهيته واصله ، وتوافرت أوصافه كذلك ، وهذا بالاجماع (٢) .

---

(١) — قد علمت أن الصيغة هي ركن العقد عند الحنفية .

(٢) — البدائع — حـ٥ — ص٣٣٥ — فتح القدير — حـ ٥ — ص١٨٧
الشرح الكبير — حـ ٣ — ص٧٠ — رد المحتار .

واذا نشأ العقد صحيحا مستكملا اركانه وشرائط صحته ، أنتج كافة آثاره التي رتبها الشارع عليه ، فور انعقاده ، فالصحة هي استتباع الغاية والاثر .

أما العقد غير الصحيح : فقد وقع الاختلاف في تحديد مفهومه .

فبينما يرى الجمهور ، أنه العقد الذى تطرق اليه خلل فى أصله أو وصفه ، نرى الحنفية يفرقون بين ما اذا كان الخلل في الاصل أو الوصف فان كان الخلل في الاصل ، فهذا هو الباطل ، وان كان فى الوصف فهو الفاسد .

وعلى هذا ، فالقسمة عند الجمهور ثنائية ، فالعقد اما صحيح أو غير صحيح ، ولا واسطة ، أو ان شئت قلت : صحيح أو باطل ، ويطلقون على الباطل ، الفاسد ، اذ لا فرق بينهما عندهم .

وأما الحنفية ، فيرون أن غير الصحيح قسمان : فاسد وباطل .
فالفاسد عندهم هو ما اختل وصفه لا أصله ، فكان مشروعا في أصله دون وصفه .

وذلك كالبيع المشتمل على الربا ، أو الغرر ، أو المقترن بشرط فاسد .
وأما الباطل ، فهو ما اختل أصله ، من ركنه أو شروط انعقاده ، وعلى هذا فالقسمة عند الحنفية ثلاثية : صحيح ، وفاسد ، وباطل .

والخلاصة أن الصحيح ، ما كان مشروعا أصلا ووصفا ، وهذا بالاجماع - والباطل ، ما اختل اصلا ووصفا بالاجماع ، والفاسد ، ما اختل وصفا لا أصلا ، عند الحنفية ، وهو باطل عند الجمهور ، لما علمت أنهم لا يفرقون بين موقع الخلل ، فسواء أكان في الاصل أم فى الوصف ، فالعقد باطل .

وعلى هذا تحرر محل النزاع بين الجمهور والحنفية فى العقد الفاسد

فبينما يراه الحنفية قسما متميزا بين الصحيح والباطل ، يراه الجمهور داخلا في مفهوم الباطل ، فالباطل والفاسد عندهم مترادفان .

هذا اذا كان الخلل في وصف ملازم كالربا والغرر .

أما اذا كان الوصف مصاحبا للعقد ، أو مجاورا ، بحيث يمكن الانفكاك عنه ، كالبيع وقت النداء ، فان ظرف الزمان هذا هو موقع النهي ، حتى لا يحول البيع في هذا الوقت دون السعي الى صلاة الجمعة وهو وصف مجاوز ، اذ من الممكن أن يتم العقد قبل وقت النداء ، أو بعد الصلاة ، فان النهي عن هذا الوصف هنا يفيد الكراهة لا الفساد ولا البطلان عند الجمهور ، بما فيهم الحنفية ، والعقد صحيح ، ولم يخالف في ذلك الا الامام احمد في روايه ، والامام مالك في رأى عنده ، والظاهرية ، حيث قالوا ـ بفساده ـ أو بطلانه .

واما من حيث الآثار بالنسبة لما يسميه الحنفية بالعقد الفاسد فالجمهور على أنه لا أثر له ، لانه هو والباطل ، سيان ، وهو معدوم شرعا ، أى غير منعقد اصلا .

واما الحنفية ، فيذهبون الى أن العقد الفاسد ، منعقد ، لقيام أصله ، لكنه لا أثر له قبل تنفيذه ، بتقابض العوضين ، فاشبه الباطل من حيث الاثر في هذه الحال .

وأما بعد تنفيذه ، فيورثه قوة في انتاج بعض آثار العقد الصحيح للضرورة .

والعقد الفاسد على كل حال ، قبل التنفيذ وبعده ، مستحق الفسخ حقا للشرع ، ورفعا للمعصية ، الا اذا تعلق به حق الغير ، كما يأتي بيانه .

منشأ الخلاف بين الحنفية والجمهور :

ان منشأ الخلاف بين الحنفية وبين الجمهور ، هو أثر النهي في التصرفات الشرعية ، فيما عدا العبادات (١) .

فالجمهور على أن أثر النهي ، سواء أكان لخلل في الاصل أو الوصف هو البطلان ، لان التصرف وحدة كاملة ، لا تتجزأ ، فاذا كان الخلل في الاصل فواضح ، وكذلك اذا كان في الوصف ، لان فساد الوصف يتسرب الى الاصل فيبطل التصرف جملة كما قلنا ، من أن التصرف المشروع ، وحدة كاملة ، أصلا ووصفا ، فالتلازم قائم بينهما ، وايضا ، انعقد الاجماع على هذا ، بدليل احتجاج الصحابة والسلف ، بالنهي الوارد في النصوص على البطلان ، ولم يفرقوا في ذلك بين ما اذا انصب النهي على الاصل أو الوصف ، فالخلل الذى استوجب النهي والحرمة ، سواء أكان في الاصل أو الوصف ، يوجب البطلان ، للتلازم .

هذا ويحتج الجمهور أيضا بأن الحرمة لا تجتمع مع المشروعية في التصرف الواحد ، للتنافي ، فلا يقال ان الفاسد مشروع في أصله ، وغير مشروع في وصفه ، لان في هذا اجتماع المتنافيين .

وحجة الحنفية ، أن التصرف المشروع اذا سلم أصله ، فان فساد الوصف العارض لا يقوى على ابطاله ، فلا يقوى فساد الوصف على مشروعية

---

(١) ـ لان العبادات يستوي فاسدها وباطلها اجماعا ، لانها شرعت قربة الى الله تعالى ، ولا يتقرب اليه تعالى بالمنهي عنه ، لانه معصية ، سواء أكان موقع النهي ، الاصل أو الوصف ، بخلاف المعاملات .

الاصل ،لقوة هذا الاخير ، وصحة الاصل تستلزم المشروعية ، بمعنى ترتب الاثر .

وعلى هذا فلا يقال ان المشروعية لا تجامع الحرمة ، للتنافي ، لان هذا يتجه علينا أن لو قصدنا بالمشروعية " الحل " ولكنا نقصد بالمشروعية " ترتب الاثر " الذى يستوجبه قيام الاصل ، وهذا الاثر حكم دنيوى وهو بترتيب الشارع نفسه ، لقيام أصله سالما عن المفسدة ، ونحن مع ذلك نراعي موقع الحرمة في الوصف ،فنقول ان التصرف الفاسد ، لا يجوز الانتفاع بأى أثر من آثاره بالنسبة لعاقديه ، ولهذا قلنا أنه -على الرغم من انعقاده وترتب بعض آثار العقد الصحيح عليه - يستوجب الفسخ حقا للشرع ، لمكان الحرمة والمعصية فيه ، رفعا لها .

وعلى هذا ، فقد راعينا قيام الاصل سالما ، وهذا يستوجب أصل المشروعية ،بفعل الشارع ، ولكنها مشروعية ناقصة لفساد الوصف فتترتب عليه بعض آثار العقد الصحيح ، لنقصان المشروعية ،وراعينا أيضا مكان الحرمة في الوصف ،لخلل فيه استوجب النهى ،فقلنا انه يستوجب الفسخ حقا للشرع على كلا طرفيه ،بل وعلى القاضى اذا علم به ، وعدم حل انتفاع عاقديه بما ترتب عليه من أثر ، بل يجب التخلص منه ،بفسخه أو بتصرف المشترى تصرفا مشروعا الى الغير حسن النية ، لان انتقال الملك الى الغير بسبب جديد ، يطهر محل التصرف الاول من شوائب الفساد .

حكم العقد الباطل :

العقد الباطل معدوم شرعا ، والمعدوم لا يترتب عليه أثر من آثار العقد الصحيح ، وإن كان موجودا صورة .

على أن العقد الباطل معصية ، والمعصية لا تكون سببا فى النعمة لان نعم الله تعالى - وهى آثار العقد الصحيح ، لا تنال بالمحظور .

هذا ، وكل تصرف ينبني على العقد الباطل ، يكون باطلا سواء أكان سبب البطلان راجعا الى الصيغة أم العاقدين ، أم المحل .

فلو باع المشترى المبيع بيعا باطلا ، من آخر ، وقع باطلا ، لان المشترى الاول لا يملك المبيع بالعقد الباطل ، ولمالك المبيع أن يتتبعه في أى يد وقع .

هذا ، والعقد الباطل ، لا تلحقه الاجازة ، لان الباطل معدوم بحكم الشارع ، والاجازة تصرف ارادى لا يملك أن يوجد ما أعدمه الشرع .

والبطلان مطلق : لا يقتصر على عاقديه ، بل لكل ذى مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان ، جلبا للمنفعة أو دفعا للمضرة ، ولورثة البائع التمسك بالبطلان ، لان لهم مصلحة في ابقاء المبيع باطلا فى التركة .

الضمان كاثر للعقد الباطل :

قلنا أن العقد الباطل معدوم لا يترتب عليه أثر من آثار العقد الصحيح .

غير أن بعض الحنفية رأوا أن العقد بالباطل - كواقعة مادية ينقل الضمان من البائع الى المشترى بعد القبض ، لان يده يد ضمان ، فاذا هلك المبيع باطلا فى يد المشترى كان عليه مثله أو قيمته ، لان المشترى قد قبض المبيع باطلا لمصلحة نفسه ، فلا يكون ادنى حالا من القبض على سوم الشراء (١) .

(١) - رد المحتار - حـ ٤ - ص ١٦٣ - ابن عابدين .

وذهب آخرون من الحنفية ، الى أنه لا ينتقل الضمان ، لأن يده أمانة فلا يضمن الا بالتعدى (١) ، لانه قبضه باذن مالكه ، وقد بطل العقد فكان كالامانة .

والمالكية يرون أنه ينقل الضمان ، ولكنه لا ينقل الملك ، الا بالفوات بمعنى ان المبيع باطلا اذا فات عند المشترى ، بأن هلك ، فانه يملكه في حال الفوات هذه ، دون غيرها .

وهو ملك ضرورى قدر اقتضاء أو افتراضا لتعذر اعادة الحال الى ما كانت عليه ، ولتصحيح تضمين المشترى بالمثل أو القيمة ، حتى لا يجتمع البدلان في يد البائع لو ابقي المبيع على ملكه .

حكم العقد الفاسد (آثاره) :

لا بد من التمييز بين حالتين :

آ - حكم العقد الفاسد قبل القبض .

ب - حكمه بعد القبض .

. أما حكم العقد الفاسد قبل القبض ، فهو حكم العقد الباطل ، من انه لا يترتب عليه أى أثر من آثار العقد الصحيح ، لضعف تأثيره واذا كان الفارق المميز بينهما ، أن الاول منعقد ، لقيام أصله والثانى معدوم ، فيجب فسخ الاول ، اعداما له ، ورفعا للمعصية اثرا للنهي الذى استوجبه سبب الفساد فيه ، من غرر ، أو جهالة أو ربا ، أو تخلف شرط الصحة ، أو اقتران شرط فاسد به .

هذا ووجوب الفسخ ثابت ، حقا لله تعالى ، لا يجوز النزول عنه اذ لا يجوز التهاون فى امره ، فهو اذن ليس حقا شخصيا تعود المصلحة فيه الى صاحبه ، حتى يتصرف فيه وفق رغبته ، فى ضوء صالحه الخاص بل وجوب الفسخ حق علام ، فكان نظاما شرعيا عاما ثابتا ، يتعلق به العدل والمصلحة العامة ، في التعامل .

وكذا لا تلحقه الاجازة ، كالباطل ، لكونهما منهيا عنهما ، ولان ارادة المشرع تتجه الى اعدامه ، رفعا للمعصية ، بدليل النهي ، والاجازة تصرف ارادى من العاقد ، يتجه الى ايجاده ، أو اقراره ، فتضادا ، ومضادة الشارع باطلة ، فما يؤدى اليها وهو الاجازة باطل لا محالة .

هذا ، ولا يتوقف فسخ أحد العاقدين للعقد الفاسد على رضا الآخر ولا على حكم القاضي ، بل يستقل كل منهما بفسخه دون رضا الاخر ، وكذلك على القاضي فسخه اذا علم به ، لكونه حقا عاما (١) .

١٣٨) يتقلب العقد الفاسد صحيحا بزوال سبب الفساد العارض ، ما عدا عقد الزواج .

تمكن سبب الفساد في العقد الفاسد — كما بينا — في وصفه ، لا في

---

(١) — فتح القدير — جـ ٥ — ص ٢٣١ .

أصله ، ولذا كان منعقدا قائما ، لقيام أصله ، سالما عن المفسدة ، حتى اذا زال سبب الفساد المتعلق بوصفه ، وهو أمر خارج عن ماهية العقد وسلم عن المفسدة ، صح العقد ، أصلا ووصفا ، فانتج كافة الاثار التى ينتجها العقد الصحيح منذ انشائه .

وليس كذلك العقد الباطل ، لان الخلل في أصله ، لا في وصفه العارض ، فلم ينعقد أصلا حتى يمكن تصحيحه .

مثال ذلك ، أن يكون سبب الفساد شرط الربا ، أو جهالة الاجل أو الضرر الزائد بسبب التسليم ، وكل ذلك منهي عنه شرعا ، فكان معصية فاذا اسقط شرط الربا من له المصلحة فيه ، أو حدد الاجل في مجلس العقد أو بعده ، أو تحمل الضرر من كان النهى عنه من أجل صالحه ، صح العقد ولزم ، وترتبت عليه كافة آثار العقد الصحيح منذ انشائه ، لا من وقت تصحيحه ، توفيقا بين مصلحة المتعاقدين ، وبين ما يقتضيه الشرع ، ما أمكن ، وهو خير من الاهدار والابطال لان قيام سبب الفساد في الوصف العارض ، كان هو المانع من اقتضاء العقد حكمه ، أو من ترتب آثاره عليه ، فاذا زال المانع عاد الممنوع ، أو وجد المقتضي وانتفى المانع ، ما عدا عقد الزواج فيجب فسخه ، للمعنى التعبدى فيه ، ولا ينقلب صحيحا .

---

(١) – الضرر بسبب التسليم ، هو الذى ينجم عن مثل بيع جسر في سقف أو ذراع من قطعة قماش ، ففي تسليم الاول ، ضرر غير مألوف ينجم عن هدم السقف كله أو بعضه ، والشرع ينهى عن مثل هذا الضرر حماية للعاقد ، واما الثانى ، فكذلك اذا كان في تسليمه ضرر بقطعة القماش كلها بحيث تغدو لا تصلح لشىء .

حكم العقد الفاسد بعد القبض :

قلنا ان العقد الفاسد مستحق الفسخ بحكم الشرع ، قبل القبض والتنفيذ ، غير أنه اذا نفذ وتم فيه تقابض العوضين ، بأن سلم البائع المبيع للمشترى ، أو اخذه المشترى في مجلس العقد وسلم الثمن للبائع ، برضاهما ، دون اكراه ، أو غصب من احدهما للبدل الذى يملكه الاخر ، فان الملك ينتقل الى المشترى لانه تم باذن البائع وتسليط منه ، ولان العقد الفاسد بالتنفيذ والتقابض يقوى تأثيره ، لضعف احتمال المنازعة أو الفسخ بين طرفيه لان التقابض قد تم برضاهما ، كما قدمنا .

غير أن الممعن في احكام الشرع في هذا النوع من الملك ، يرى أنه ملك ضرورى مفترض افتراضا ، بمعنى أنه قد اقتضته الضرورة ، فلم يكن له حكم الملك الكامل الناشىء عن العقد الصحيح أصالة ، بدليل أنه يجوز للمشترى أن يتصرف في المبيع بيعا فاسدا ، الى الغير ، تصرفا ناقلا للملك ، تخلصا من ملكية هذا المبيع ، لان السبب الجديد يطهر التصرف السابق مما عراه من أسباب الفساد ، كما ذكرنا ، فكان هذا الملك ثابتا افتراضا واقتضاء ضرورة ، تصحيح تصرف المشترى اذ لا يمكن تصحيح تصرف المشترى من بيع أو هبة الا اذا كان مالكا ، اذ يسع احدا أن يملك غيره شيئا مالم يكن هو مالكا له اولا ، لذا أثبت الشارع للمشترى هذا الملك افتراضا ضرورة تصحيح تصرفه الناقل للملك ، وما ثبت على سبيل الضرورة والاقتضاء والافتراض ، لا يكون كالثابت على سبيل الاصالة والقياس . يرشدك الى هذا ، أن المشترى لا يجوز له الانتفاع بالمبيع فاسدا ، لان هذا الملك الناشىء عن العقد الفاسد المنهى

عنه ، ملك خبيث محرم ، يجب التخلص منه ، اما بفسخ العقد ، واعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التعاقد ، واما بالتصرف في المبيع نفسه تصرفا ناقلا للملك الى الغير ، تطهيرا له .

والشارع اذ حرم على المشترى الانتفاع بما يملك عن هذا الطريق المحرم ، بأى وجه من وجوه الانتفاع ، لم يكن مالكا حقيقة ، بل افتراضا ـ كما ذكرنا ـ لان المقصود من الملك الحقيقي الكامل بداهة ، هو اجتناء ثمراته ، وهذا ليس كذلك بل التصرف أو العقد نفسه ليس مقصودا لذاته ، بل لثمراته . فكان تحريم الانتفاع على المشترى ، بسترا للملك عن آثاره المقصودة منه شرعا ، حملا للمشترى ، اما على الفسخ ، أو على التصرف الى الغير تصرفا ناقلا للملك ، للتخلص من هذا المبيع ، لفساد ملكيته

وعلى هذا ، فان العقد الفاسد يجب فسخه ، قبل القبض وبعده حقا للشرع ، ما لم يتصرف المشترى في المبيع تصرفا ناقلا للملك الى الغير فيسقط حق الفسخ عندئذ بالنسبة للبائع ، حماية لحق الغير حسن النية لان احكام الشرع تبنى على الظاهر ، ويتقرر حق البائع في المثل أو القيمة كما لو هلك المبيع في يد المشترى بعد قبضه . وانما يحكم بالمثل أو القيمة ولا يحكم بالثمن المحدد المتفق عليه في العقد ، لان فساد العقد يفسد ما تضمنه من تحديد الثمن والشروط الواردة فيه ، فيصار الى البدل .

وكذا اذا هلك المبيع بعد القبض ، أو تغيرت صورته اذ التغيير كالاتلاف أو زاد زيادة متصلة غير متولدة عنه ، فيصار الى المثل أو القيمة لتعذر الشرط أو اعادة المبيع على الحال التي كان عليها قبل التعاقد ، فيسقط حق الفسخ لذلك .

والخلاصة : أن العقد الفاسد ، قبل التنفيذ والتقابض ، كالباطل لا يترتب عليه أثر من آثار العقد الصحيح ، وهو وإن كان منعقدا ، لكنه واجب الفسخ ، سواء قبل القبض ، أو بعده ، ولا تلحقه الإجازة مطلقا .

غير أنه بعد القبض وبإذن البائع وتسليط منه ، أو في مجلس العقد يقوى تأثيره فيه ، فيفيد الملك الضروري أو الاقتضائي للمشتري ، ضرورة تمكينه من التصرف فيه إلى الغير تصرفا ناقلا للملك ، تخلصا منه ، بل حمله الشارع على ذلك بتحريم انتفاعه بالمبيع بأي وجه من وجوه الانتفاع ، لأنه ملك خبيث ، حتى إذا تصرف المشتري فيه تصرفا شرعيا صحيحا إلى الغير ، انتقلت الملكية الكاملة إلى ذلك الغير ، وسقط حق البائع في الفسخ ، حماية لحق الغير وانحصر حق البائع في المطالبة بالمثل أو القيمة ، لا بالثمن المحدد المتفق عليه في عقد الزواج لأن التسمية للثمن أو الأجرة أو المهر .
فسدت بفساد العقد ، وكذلك ما ورد فيه من الشروط ، اذ فساد الشيء يوجب فساد ما تضمنه (١) .

وسقوط حق الفسخ انما يكون في حالة هلاك المبيع كليا أو جزئيا أو تغيير صورته ، بأن كان قمحا فطحنه ، أو ثوبا فخاطه قميصا ، لان التغيير كالاتلاف ، فيتعذر استرداد المبيع على الحالة التي كان عليها وقت التعاقد
ن حق الغير الذى اكتسبه بطريق شرعي صحيح ، حماية له ، ولصيانته عن النقض والابطال .

---

(١) - فتح القدير - جـ ٥ - ص ١٨٧ - ص ٢٣١ - البدائع - جـ ٥ - ص ٣٠٥ وما يليها ، رد المحتار - جـ ٤ - ص ١٦٣ -
وانما كان الملك في العقد الفاسد بعد القبض ، خبيثا ، لان كل نفع أو كسب طريقة العقد الفاسد المنهى عنه ، يكون خبيثا محرما .

المبحث الثاني

ينقسم العقد الصحيح عند الحنفية من حيث ترتب آثاره عليه فور انعقاده ، ودون توقفها على اجازة أحد ، الى عقد نافذ وموقوف .

آ ـ العقد النافذ :

هو عقد صحيح ، أصلا ووصفا ، صادر من أهله ، مضاف الى محله القابل لحكمه .

ويقصد بكونه صادرا من أهله ، أي ممن له أهلية كاملة ، وولاية على محل العقد ، بمقتضى ملكيته له ، أو بمقتضى النيابة عن مالكه ، بأن كان وكيلا أو وليا شرعيا . وأخيرا ، لم يتعلق به حق للغير .

حكم العقد النافذ :

انه سبب صالح لترتب آثاره عليه ، فور انعقاده ، ودون توقف على اجازة من أحد .

وذلك من مثل عقد بيع البالغ العاقل ، واجارته ، وزواجه ، أو عقد الولي أو الوصي بالنسبة للقاصر ، أو عقد الوكيل مترسما ما أملته ارادة موكله في عقد الوكالة .

العقد الموقوف :

هو عقد صحيح عند الحنفية ، لصدوره من أهله ، مضافا الى محله القابل لحكمه ، غير أنه اعتراه سبب من أسباب وقف آثاره ، وتراخيها الى وقت اجازته من صاحب الشأن ، فهو عقد موقوف الآثار .

وسبب الوقف ، قد يكون لنقص الاهلية ، كعقد بيع الصبي المميز فانه موقوف على اجازة وليه ، او عقد المحجور عليه لسفه أو عته .

وقد يكون سبب الوقف عدم ولاية العاقد على محل العقد ، بأن لم يكن مالكا له ، وليس ذا صفة ، من الوكالة أو الولاية الشرعية ، بأن كان فضوليا ، فيتوقف نفاذ العقد ، وترتب آثاره على اجازة صاحب الشأن

وقد يكون السبب تعلق حق الغير بمحل العقد ، فيتوقف نفاذه على اجازة صاحب هذا الحق المكتسب بطريق شرعي صحيح سابق على تاريخ ابرام هذا العقد ، كبيع الراهن العين المرهونة أو بيع المؤجر العين المؤجرة .

وذهب الشافعيه ، الى أن العقد الموقوف لعدم الولاية باطل اذ يشترط لانعقاد العقد عندهم أن يكون العاقد ذا ولاية ، فاذا لم يكن كذلك ، فقد تخلف شرط انعقاد لا شرط نفاذ ، فيقع باطلا ، وعلى هذا فالعقد الصحيح عند الشافعية لا يكون الا نافذا فلا يعرفون العقد الموقوف لعدم الولاية ، بل يعتبرونه من قبيل الباطل .

ومنشأ الخلاف ، هل الولاية على اصدار العقد شرط انعقاد أو نفاذ بالاول قال الشافعية ، والى الثانية ذهب الحنفية والمالكية ، وذلك كبيع الفضولي ، باطل عند الشافعية ، اذ ليس للفضولي ولاية اصدار هذا العقد اذ ليس له ولاية على حله ، وهو موقوف عند الحنفية على اجازة صاحب الشأن حتى اذا لم تلحقه الاجازة كان باطلا ، واذا لحقته ، كان صحيحا من وقت انشائه .

حكم العقد الموقوف :

لا تترتب عليه آثاره الا اذ لحقته اجازة صاحب الشأن ، وهو من يملك اصداره ، فان لم تلحقه الاجازة ، بطل .

المبحث الثالث

تقسيم العقد النافذ الى لازم وغير لازم :

١٤٨) آ ـ العقد اللازم

هو العقد الصحيح النافذ الذى لا يستقل أحد طرفيه بمباشرة فسخه .

وهو نوعان :

أولهما : العقد الذى يستحيل فسخه أبدا ، ولو اتفق طرفاه على ذلك ، بالنظر الى طبيعته ، كعقد الزواج .
هذا ، والطلاق ليس فسخا له ، بل انهاء ، فهو عقد لا يقبل الفسخ بحال .

والثانى : وهو ما يقبل الفسخ باتفاق طرفيه ، ولكن لا يستقل احدهما بفسخه دون رضاء الاخر ، وذلك كعقود المعاوضات من مثل البيع والاجارة ، والمساقاة ، فهى عقود نافذة تنتج آثارها فور انعقادها ، ولازمة ، لا تفسخ إلا باتفاق طرفيها (الاقالة) .

وهذا النوع لا يستقل أحد طرفيه بالفسخ الا فى احوال أربع :

أولا : أن يكون لاحدهما خيار المجلس ، وذلك عند الشافعية والحنابلة .

ثانيا : أن يكون لاحدهما خيار الشرط .

ثالثا : أن يثبت لاحدهما خيار الرؤية .

رابعا : أن يكون لاحدهما خيار العيب .

ب ـ العقد غير اللازم :

وهو ما يملك أحد طرفيه أن يستقل بفسخه دون رضاء الاخر ، وهو

نوعان .

أولهما : أن يثبت لواحد معين من طرفيه حق الاستقلال بالفسخ لكونه غير لازم في حقه ، وان كان لازما بالنسبة للطرف الآخر وذلك كعقد الرهن ، فانه لازم بالنسبة للراهن ، وغير لازم بالنسبة للمرتهن ، فيملك أن يفسخه في أي وقت شاء ، ولو بدون رضاء الاخر ، لانه انما شرع صيانة لحقه ، وتوثيقا له .

الثاني : وهو العقد غير اللازم بالنسبة لكل من طرفيه ، فيملك أن يستقل كل منهما بالفسخ دون رضاء الاخر ، ومن ذلك عقد الوكالة بدون أجر ، والوديعة ، والعاريه ، والشركة ، لانها بحكم طبيعتها غير لازمة بالنسبة لطرفيها على السواء .

تقسيم العقد بالنسبة لاتصال الحكم بالصيغة :

الاصل أن العقد الصحيح ينتج آثاره عقب انعقاده مباشرة واستثني من هذا الاصل بعض العقود التي لا تترتب آثارها عليها فور صدورها ، بحكم طبيعتها ، أو بارادة العاقد تأخير هذه الآثار ، الى فترة زمنية معينة ، بل قد يعلق العقد كله على حدوث أمر آخر .

فنتج عن ذلك ثلاثة أقسام للعقود بالنسبة لاتصال الحكم (الاثر) بالصيغة :

العقد المنجز - العقد المضاف - العقد المعلق .

العقد المنجز :

هو العقد الذى صدرت صيغته غير معلقة على شرط ، أو مضافة الى المستقبل .

وحكمه ، أنه تترتب آثاره عليه فور انعقاده ، لان الاصل أن العقد

سبب شرعي يرتب الشارع عليه آثاره في الحال .

ويستثنى من ذلك ، عقد الوصية ، لانها تمليك مضاف الى ما بعد الموت ، فلا تترتب آثارها الا بعد وفاة الموصي ، فكانت منجزة في ظاهرها ، ولكنها عقد مضاف الى المستقبل في حقيقتها .

وكذلك عقد الايصاء ، بما هو تفويض الاب أو الجد التصرف في مصالح أولاده أو أحفاده القصر الى الغير بعد وفاته .

هذا ، والعقد المنجز نوعان :

أولهما : العقد الذى لا يقتصر في ترتب آثاره فورا الى أى أمر آخر يتوقف عليه ، كقبض محل العقد مثلا ، وذلك كعقد البيع وعقد الاجارة .

الثاني : ما يتوقف في انتاج آثاره فور انعقاده على قبض محل العقد كعقد الهبة ، وعقد القرض وعقد الرهن (١) ، وتسمى عقودا عينية .

حقيقة القبض :

هذا ، والقبض تختلف ماهيته باختلاف طبيعة محل العقد فهو في العقار بالتخلية ، وفي المنقول باستلامه باليد اذا أمكن وفي المكيل والموزون ، بالكيل والوزن ، وهذا عند الشافعية .

وعند الحنفية أن القبض يتم بالتخلية بين المعقود عليه والمتملك على وجه يستطيع معه التصرف فيه .

هذا ، والعقد المنجز قد يكون بصيغة مطلقة ، وقد يكون بصيغة

---

(١) - تبيين الحقائق - حـ ٤ - ص ٢٥٧ - نهاية المحتاج - حـ ٢ - ص ٢٦٨ .

مقترنة بشرط ، كعقد البيع الذى اشترط فيه تأجيل الثمن ، فهذا لا يمنع التنجيز ، أو ترتب سائر آثاره عليه فور انعقاده ، ما عدا الثمن المؤجل .

العقد المضاف :

ما كان الايجاب في صيغته ، مضافا الى زمن المستقبل ، سواء أكانت الصيغة مطلقة أم مقترنة بشرط ، كأن تقول : آجرتك أرضي هذه مدة ثلاث سنوات ، ابتداء من السنة القادمة ، أو تقول : وقفت دارى هذه على اليتامى الفقراء ، ابتداء من الشهر المقبل .

وحكم العقد المضاف ، أنه ينعقد في الحال علة لحكمه ، ولكن لا تترتب عليه آثاره الا عند حلول الوقت المضاف اليه .

أقسام العقد المضاف :

ينقسم العقد المضافة آثاره الى المستقبل ، الى انواع ثلاثة :

الاول : عقد مضاف بحكم طبيعته ، اذ الاضافة جزء من مفهومه ، وذلك كعقد الوصية والايصاء ، فان آثارهما لا تظهر الا بعد وفاة الموصى .

الثاني : عقود تقبل الاضافة بارادة أحد المتعاقدين ، واغلبها من العقود المنجزة التي ترد على المنفعة ، كالاجارة ، والعارية ، والمساقاة والمزارعة ، اذ المنافع تحدث شيئا فشيئا ، وتتجدد بتجدد الزمن ولا يمكن استيفاؤها جملة واحدة ، لذا كانت عقودا يمكن أن تنعقد منجزة ، ولكنها تقبل الاضافة بحكم طبيعتها ، أى بالنظر الى محل العقد ، وهو المنفعة .

وذلك كعقد الاجارة الذى تضاف آثاره أو يحدد بدء جريانه وذلك الى

السنة القادمة ، اعتبارا من أول كانون الثاني مثلا .

ومن العقود التي تقبل الاضافة ، الوكالة ، والكفالة ، والحوالة حيث يمكن أن تكون منجزة ، أو مضافة ، وكذلك الاسقاطات ، كالطلاق والوقف .

الثالث : عقود لا تقبل الاضافة بحكم أصل وضعها الشرعي :

وذلك كعقود المعاوضات المالية التي محلها أعيان كعقد البيع حيث تنتقل ملكية العين من البائع الى المشترى ، فور الانعقاد ، والابراء من الدين ، والهبة ، والشركة .

ذلك ، لان هذه العقود انما شرعت أصلا ، لتترتب آثارها عليها في الحال ، فاذا أضيفت كانت على غير وضعها الشرعي (١) ، ولهذا ، لا تصح مع الاضافة ، وكذلك عقد الزواج ، لانه يفيد الحل في الحال .

العقد المعلق :

هو ما علق وجوده على وجود أمر في المستقبل ، باداة من أدوات الشرط أو ما في معناها ، كأن تقول : ان رفعت علي قضية ، فانت وكيلي أمام المحكمة ، فعقد الوكالة معلق على حدوث أمر في المستقبل (شرط) .

حكم العقد المعلق :

ينعقد علة في الحال ، عند الجمهور ، خلافا للحنفية ، وتتأخر آثاره الى وقت حصول (الشرط) المعلق عليه فالتعليق لا يمنع الانعقاد .

وذهب الحنفية الى أن التعليق يمنع انعقاد العقد سببا في الحال

---

(١) - المدخل الى الفقه الاسلامي - الدكتور حسن أحمد .

وانما يتأخر انعقاده الى وقت حصول الشرط المعلق عليه ، فينتج آثاره حينئذ ، أو بعبارة اخرى ، يتأخر انعقاد العقد وانتاج آثاره الى زمن حصول الشرط مستقبلا .

وثمرة الخلاف تظهر فيما لو علق النذر على حصول أمر فى المستقبل كأن يقول : ان نجحت فى الامتحان ، فلله على نذر أن أتصدق بالف ليرة سورية للفقراء ، ثم تصدق بها قبل وقوع الشرط ، صح عند الجمهور وأجزأ عن النذر ، لانعقاد النذر فى الحال ، ولم يجزئ عن النذر عند الحنفية لانه لم ينعقد ، فوجب عليه التصدق من جديد ، وفاء للنذر اذ لا يصح وفاء النذر قبل انعقاده نذرا .

وشروط صحة التعليق :

١ ـ أن يكون الامر المعلق عليه على خطر الوجود والعدم .

فلو كان محقق الوجود فى الحال ، كان منجزا ، والتعليق صورى أما ان كان محقق الوجود مستقبلا ، تحققا لا احتمال فيه ، فهو اضافة لا تعليق ، كأن تقول ان جاء شهر رمضان العام القادم ، فانت وكيلى . وهو آت لا ريب فيه ولا احتمال ، والتعليق يفترض الاحتمال لا التحقق .

٢ ـ ألا يكون التعليق على مشيئة لا نعلمها ، كمشيئة الله تعالى ، كقوله لزوجته : انت طالق ان شاء الله ، لا يقع الطلاق .

هذا وعقود التمليكات المالية لا تقبل التعليق ، فيما عدا الوصية سواء أكانت عقود معاوضة ، كالبيع والاجارة ، أم عقود تبرع ، كالهبة والقرض ، والوقف ، وخالف المالكية فى التبرعات ، فاجازوا تعليقها اذ لا يترتب على تعليقها ، غرر ولا ضرر .

أما عقود التمليكات ، فلأن الشارع وضعها لتفيد الملك فى الحال

والتعليق يتنافى مع وضعها الشرعي ، فلا تصح مع التعليق للمنافاة .

وكذلك عقد الزواج ، لا يصح تعليقه ، لانه وضع شرعا ، لافادة الحل في الحال .

وذهب ابن تيمية وابن القيم إلى أنه يصح تعليق العقود والفسوخ والالتزامات والتبرعات بالشروط ، ولا يمنع من ذلك مانع الا ما ورد النهي عنه من الشارع (١) .

---

(١) – اعلام الموقعين – جـ ٢ – ص ٢٨٨
المدخل للفقه الاسلامي – ص ٥١٦ – ص ٥١٧
للشيخ عيسوى أحمد عيسوى .

الفصل الخامس

الخيارات

الخيار اصطلاحا ، هو اختيار امضاء العقد أو فسخه ورفعه من أساسه ، أو أن يختار شيئا من اثنين أو ثلاثة .

ونتناول أهم الخيارات بالبحث وهي :

خيار الشرط ، وخيار الرؤية ، وخيار العيب وخيار التعيين .

هذا ، والخيارات لا تكون الا في العقود اللازمة ، أما العقود غير اللازمة بطبيعتها ، فليست مجالا للخيارات ، اذ لا فائدة منها ، كالوكالة والشركة .

هذا ، والخيارات قسمان :

الاول : يثبت بالاشتراط ، واتفاق المتعاقدين عليه ، وذلك كخيار الشرط ، وخيار التعيين .

الثاني : خيارات أثبتها الشارع نفسه ، وتوجد بوجود أسبابها ، دون اشتراط وذلك كخيار الرؤية ، وخيار العيب .

الفرع الاول

خيار الشرط

خيار الشرط ، من اضافة الشيء الى سببه ، أي خيار سببه الشرط

تعريفه : ما يشترط في صلب العقد ، أو بعده ، لاحد المتعاقدين ، أو كليهما ، أو لغيرهما ، من امضاء العقد أو فسخه ، في مدة معينة .

حكم هذا الخيار :

يصبح العقد اللازم بطبيعته ، غير لازم بالنسبة لمن شرط الخيار وذهب الامام مالك الى أن شرط الخيار يثبت بالشرط أو العرف .

والاصل في خيار الشرط ، ما روى عن أن حبان بن منقذ الانصاري كان يغبن في البياعات ، فشكاه أهله الى رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ ليحجز عليه ، فقال له النبي ـ صلى الله عليه وسلم : " اذا بايعت فقل لا خلابة ، ولي الخيار ثلاثة أيام " .

وحكمة مشروعية الخيار ، الحاجة الى التروي ، والمشاورة ، أواستطلاع رأى أهل الخبرة ، وهو يخشى فوات الصفقة ولذا شرع استحسانا لهذا الغرض ، اذ القياس يقضي بعدم تعليق عقود المعاوضات ويوجب أن ينعقد العقد لازما ، مراعاة لاستقرار التعامل ، فاذا وجد المشترى المبيع يتفق مع مصلحته ، أمضى العقد ، والا نقضه من أساسه .

هذا ، واجاز جمهور الفقهاء اشتراط الخيار بعد العقد ، وان كان الاصل أنه يشترط في صلبه .

مدة خيار الشرط :

اتفق الفقهاء على جواز اشتراط هذا الخيار ثلاثة أيام فما دونها لصريح النص : " ولي الخيار ثلاثة أيام " .

واختلفوا فيما زاد عن ثلاثة أيام .

١ ـ فذهب أبو يوسف ومحمد بن الحسن ، والحنابلة ، الى أنه يجوز الاشتراط الى أكثر من ثلاثة أيام ، ودون تحديد ، اذا اقتضت الحاجة ذلك ، تحقيقا لحكمة تشريعه .

٢ـ وذهب أبو حنيفة ، وزفر ، والشافعية ، الى عدم جواز الخيار ، الى اكثر من ثلاثة أيام ، لورود النص به ، ولانه جاء على خلاف القياس ، فلا يتوسع فيه ، ولانه شرع للضرورة ، وهي تقدر بقدرها . ولكن هذا التعليل حجة عليهم ، اذ قد تقتضي الضرورة اكثر من ثلاثة أيام .

أما المالكية ، فقد رأوا أن المدة إنما يكون تحديدها ، تبعا لنوع التصرف (١) ، فقد يقتضي اليوم ، أو اليومين ، أو الشهر ، أو الاكثر (١) من ذلك ، وهذا رأي سديد . ومجال خيار الشرط العقود اللازمة القابلة للفسخ ، كما تقدم .

حكم شرط الخيار في العقد :

أولا : الاثر الاول لشرط الخيار في العقد ، أنه يجعله غير لازم بالنسبة لمن شرط له ، كما قدمنا ، فتكون له سلطة فسخه خلال المدة المعينة أو امضائه ، حتى اذا نقضه اعتبر كأن لم يكن ، واذا أمضاه لزم في حقه منذ انشائه .

فاذا كان الخيار للمشتري ، كان له وحده حق الامضاء والفسخ .

واذا كان للعاقدين كليهما ، ملك كل منهما حق الامضاء والفسخ ، على استقلال حتى اذا فسخ احدهما العقد بطل ، أما لو امضاه احدهما بقي حق الآخر فان أمضاه لزم في حقهما ، وان فسخه بطل

واذا كان لغيرهما ، نائبا عن احدهما فانه يملكه ، كما يملك الاصيل أيضا .

---

(١) بداية المجتهد ـ حـ ٢ ـ ص١٧٢

المغني حـ ٣ ـ ص٥٨١

البدائع ـ حـ ٥ ـ ص٢٦٤ .

ثانيا : أما الاثر الثاني لشرط الخيار ، فهو منصب على حكم العقد ، اذ يمنع انتقال أو خروج العوض من ملك من له شرط الخيار فاذا كان للبائع ، لم يخرج المبيع عن ملكه ، طوال مدة الخيار اذ لا ينتقل الملك الا مع الرضا ، والرضا هنا غير بات أو هو متردد ، بل يذهب بعضهم الى أنه معدوم .

واذا كان شرط الخيار للمشترى ، فكذلك ، لا يخرج الثمن عن ملكه ، طوال مدة الخيار ، لعدم توافر الرضا البات .

واذا كان الشرط لكليهما ، فان العوضين لا يخرجان عن ملكيهما بل يبقيان على حكم الاصل .

هذا ، واذا كان شرط الخيار مانعا من خروج العوض عن ملك من شرط له ، فلا يمنع أن يخرج العوض عن ملك الطرف الاخر ، لان العقد في حقه لازم منذ انشائه ، ومعنى هذا ، أن أثر خيار الشرط على العقد هو عدم ترتب حكم العقد بالنسبة لمن شرط له .

وذهب بعض الفقهاء ، الى أن خيار الشرط لا تأثير له الا على لزوم العقد ، لا على نفاذه ، فيبقى صحيحا نافذا تترتب عليه كافة آثاره ، غير أنه بالنظر لخيار الشرط ، يكون لمن شرط له حق فسخه ومعلوم أن العقد النافذ غير اللازم ، تترتب عليه آثاره فور انعقاده .

---

(١) ـ فتح القدير ـ جـ ٥ ـ ص ١٢١ .

سقوط خيار الشرط :

يسقط خيار الشرط بالاسباب الاتيـــة :

١ ـ مضي مدة الخيار المحددة ، دون امضاء أو فسخ ، ويلـــزم العقد منذ ابرامه .

٢ ـ الفسخ أو الامضاء ، صراحة ، أو دلالة ، فان فسخه اعتبر كأن لم يكن ، وان أمضاه لزم منذ انشائه ، ويشترط أن يكـــون ذلك خلال المدة المحددة .

٣ ـ موت من له حق الخيار ، فلا يورث ، لانه رغبة ومشيئـــة وهذا عند الحنفية والحنابلة .

ويرى المالكية والشافعية أن خيار الشرط يورث .

فلا يسقط بموت من شرط له لانه حق تعلق بالاموال ، والحق قـــد يورث عندهم .

٤ ـ هلاك محل العقد ، أو تغيير صورته عما كان عليه وقت التعاقد بحيث يتعذر رده الى الحال التي كان عليها ، عند فسـخ العقد .

---

(١) ـ والفسخ صراحة ، كأن يقول فسخت العقد ، أو ابطلته ، أو نقضتـه والفسخ دلالة ، كان يتصرف البائع الذى شرط له الخيار بالمبيع ، تصرفـــا شرعيا ببيعه الى الغير ، او تصرفا ماديا كالزيادة فيه ، والاجازة صراحة ، كأن يقول اجزت العقد . وكذلك المشترى ، كأن يقول صراحة ، فسخت العقد ، أو أجزته ، أما فسخه دلالة فكـــأن يتصرف المشترى بالثمن اذا كان عينا ، تصرفا ماديا أو شرعيـا . أما الاجازة دلالة ، فكأن ينقل المشترى الاثاث الى الدار الـــتي اشتراها بشرط الخيار .

الفرع الثانـــــي

خيار الرؤيـــــــة

تعريف خيار الرؤية :

هو حق العاقد في فسخ العقد أو امضائه ، عند رؤية محله ، اذا لم يكن رآه وقت التعاقد ، أو قبله بمدة لا يتغير في مثلها عادة .
(٤٦٤)

سبب ثبوته :

يتبين من التعريف ، أن سبب ثبوته ، هو عدم رؤية محل العقـــد الرؤية نفسها ، وهذا يظهر في حالتين .

أولاهما : عدم رؤية محل العقد وقت انشائه .

الثانية : أن تكون رؤية سابقة لمحل العقد قبل التعاقد بمدة ، ثـــم يراه متغيرا عند التعاقد ، اذ تعتبر تلك الرؤية ، كأن لم تكـــن لانها لم تعد وسيلة صالحة للعلم بالمحل ، والاحاطة به ، ممـــا يتحقق به مقصوده .

مشروعية خيار الرؤية :

اختلفت اجتهادات الفقهاء في أصل مشروعية خيار الرؤية على رأيين :

أولهما : أن خيار الرؤية غير مشروع اصلا وهذا رأى الامام الشافعـــي في الجديد (١) .

ووجهة نظره ، أن خيار الرؤية يفترض قيام عقد بيع صحيح لعـــين

---

(١) ـ واما مذهبه القديم ، فيجيز بيع الغائب اذا بين المتعاقـــد أن جنسه ونوعه ، دون بيان لما عليه من أوصاف ، وعلى هذا يثبـــت فيه خيار الرؤية ، لكنه يتحدد في مجلس الرؤية .
مغني المحتاج ـ حـ ٢ ـ ص ١٨ ـ فتح القدير حـ ٥ ـ ص ١٣٧ ـ ص ١٣٨ .

معينة بالذات غائبة وموصوفة ، حتى يتصور فسخه ، وهذا النوع من بيع الغائب باطل ، ولو كان محله موصوفا ، لفوات شرط من شروط انعقاده ، وهو العلم بمحل العقد ، علما نافيا للجهالة أو الغرر ، ولا يتم العلم بالاعيان المعينة بالذات - في اجتهاد الامام الشافعي - الا عن طريق المشاهدة والرؤية ، لا الوصف لان الوصف لا يقوم مقام الرؤية في ادراك المحل ، والعلم به علما كافيا نافيا للجهالة أو الغرر المنهي عنه ، فاذا لم تتم الرؤية عند التعاقد ، وقع باطلا ، فلا وجه للقول عندئذ بثبوت خيار الرؤية ، اذ لم تعد ذات موضوع ، لما قلنا ، من أن هذا الخيار يفترض قيام عقد صحيح ، ليتصور فسخه بخيار الرؤية ، وهذا العقد باطل ، لانه بيع عين معينة بالذات غائبة دون رؤية سابقة ، والباطل معدوم شرعا ، فلا يتأتى أن يرد عليه امضاء أو فسخ بخيار الرؤية .

الثاني : وذهب الحنفية الى مشروعية خيار الرؤية ، بل ثبوته دون اشتراط حقا للشرع ، بالنص سواء وصف المحل ، أم لم يوصف (١) ، بمعنى أن خيار الرؤية ثابت بايجاب الشارع ، لا بارادة المتعاقدين .

منشأ الخلاف :

يفهم مما سبق ، أن منشأ الخلاف " هو مسألة بيع العين الغائبة اذا كانت معينة بالذات " كالارض ، والسيارة ، والمنزل ، من القيميات ولو كانت موصوفة ، هل يصح التعاقد عليها أو لا ؟

---

(١) - تبيين الحقائق - حـ ٤ - ص ٢٤ - فتح القدير - حـ ٥ - ص ١٣٧ .

فالقائلون بصحته ذهبوا الى مشروعية خيار الروئية ، ومن قال ببطلانه نفى مشروعيته .

أدلة الاولين :

١ - استدلوا على نفي مشروعية خيار الروئية ، بما رواه أبو هريرة - رضي الله عنه - أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - " نهى عن بيع الغرر " وهو هنا الجهالة المفضية الى النزاع الذى يتعذر حسمه والجهالة تنافي العلم بالمحل ، وهو شرط انعقاد .

واستدلوا كذلك بقوله - صلى الله عليه وسلم : " لا يحل سلف وبيع ، ولا شرطان في بيع ، ولا ربح ما لم يضمن ، ولا بيع ما ليس عندك "

ومحط الاستدلال هو قوله - صلى الله عليه وسلم - : " لا تبع ما ليس عندك " اذ حملوه على النهي عن بيع العين الغائبة عن مجلس العقد ، وهي العين التي لم يرها العاقد عند انشاء العقد والنهي يقتضي التحريم ، ولا مشروعية مع التحريم .

أدلة القائلين بالمشروعية :

١ - أستدلوا بقوله - صلى الله عليه وسلم : " من اشترى ما لم يره ، فله الخيار اذا رآه (١) وهذا نص في الموضوع ، اذ يتناوله على سبيل

---

(١) - المراجع السابقة - هذا وقد طعن بعض الفقهاء في هذا الحديث وهو وان ورد في البيع ، لكنه لا يفيد الخصوصية ، فيلحق به ما كان في معناه ، لوحدة المناط ، فينسحب حكمه على كافة عقود المعاوضات المالية اذا كان محلها عينا معينة بالذات ، كالمقايضة ، والصلح على مال ، والقسمة في غير المثليات .

الاصالة هذا ، ويستنبط من هذا الحديث حكمان ، كلاهما يتصلان بالمشروعية :

الاول : جواز شراء الانسان ما لم يره .

الثاني : ثبوت الخيار له عند رؤيته .

٢ - ومن أدلتهم ، ما روى أن عثمان بن عفان باع لطلحة بن عبد الله أرضا بالبصرة لم يرها واحد منهما ، فقيل لطلحة : انك قد غبنت ، فقال : لي الخيار ، لاني اشتريت ما لم أره ، وقيل لعثمان ، انك غبنت ، فقال : لي الخيار ، لاني بعت ما لم أره ، فحكما بينهما جبير بن مطعم ، فحكم بأن الخيار لطلحة (١) ، وكان بمحضر من الصحابة ، ولم ينكر عليه أحد ، فكان اجماعا (٢) منهم على جواز بيع الشيء الغائب ، ومشروعية خيار الرؤية .

٣ - واستدلوا كذلك بقوله - صلى الله عليه وسلم - : " ليس الخبر كالمعاينة "

<u>الرد على النافين لمشروعية خيار الرؤية ومناقشة ادلتهم :</u>

اما ادعاؤهم أن لا طريق للعلم بالمحل الا الرؤية ، فيتجه عليه أن الوصف كاف للتعيين . وعلى التسليم بأن فيه جهالة ، لكنها لا تفضي الى نزاع مشكل ، لانه عند رؤيته ، يملك امضاء العقد او فسخه ، وان الطرف الآخر على بينة من أن للمشتري هذه السلطة ، فلا جهالة ولا غرر ولا نزاع ، فلا يكون هذا مشمولا بالنهي عن الغرر الوارد في الحديث .

---

(١) - وهو المشتري المتملك ، وفيه دليل على أن البائع ليس له خيار رؤية .

(٢) - وهذا اجماع سكوتي ، أو لزومي .

هذا ، ولا نكران أن الحاجه ماسة الى التعاقد على الاعيان الغائبة المعينة بالذات ، بعد وصفها ، وتعيينها ، وقد تفوته الصفقة اذا انتظـر حتى الرؤية ، فينبغي ـ دفعا للحاجة ورفعا للحرج ، وتيسيرا للتعامـل أن يكتفي بالوصف في تعيين محل العقد ، اذا كان غائبا ، ومن الاشيـاء المعينة بالذات (١) ، كما قدمنا .

وأما تأويلهم لقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ "لا تبع ما ليس عندك" بأن المراد به ، النهي عن بيع العين الغائبة عن مجلس العقـد فتأويل بعيد مستكره ، لان المتبادر من "العندية" في الحديث ، الملك والقدرة على التسليم لا الغيبه ، على معنى "لا تبع ما لا تملك" ولا تقدر على تسليمه .

يؤيد هذا ، القصة التي ورد فيها هذا الحديث .

هذا فضلا عن النصوص من السنة التي اثبتت مشروعية خيار الرؤيـة ولهذا مرجح ما ذهب اليه القائلون بالمشروعيـة .

شروط خيار الرؤيـة :

قلنا ان "خيار الرؤيه" يثبت للمشترى أو من في معنـاه دون اشتراط عند الحنفية ، حقا للشرع ، وبايجاب منه بالنص ، وان تحقـق

(١) ـ خلافا للحنفية الذين يذهبون الى أن البيع بالوصف ، وان كـان نافيا للجهالة ، لكن الرؤية تفيد علما أدق مما يفيده وصفه ، ولـذا فانهم يثبتون للمشترى أو المتملك خيار الرؤية ، ولو وجد المبيـع مستكملا كافة الاوصاف التي اشترطت في العقد ، اذا راه غير موافـق لرغبته ومقصوده ، لانه ادرى بها ، ولا يرون توافر الوصف قاطعـا لحق المشترى في خيار الرؤيـه .

الاوصاف في العين الغائبه ، لا يقطع أو يسقط حق الخيار هذا (١) ، لكن ذلك مشروط بما ياتي :

أولا : أن يكون محل العقد عينا معينة بالذات ، مما لا يثبت دينا في الذمه ، اى من الاموال التي تتعين بالتعيين ، فلايثبت خيار الروئيه في المسلم فيه في عقد السلم مثلا ، لانه مما يتعين بالوصف لا بالذات ، فيكون دينا موصوفا في الذمه ، فلا يثبت فيه خيار الروئية .

ثانيا : أن يكون العقد من عقود المعاوضات المالية اللازمة التي تنفسخ بالرد ، وهذا شرط تقتضيه طبيعة الخيار نفسه ، وأما ما لم يكن كذلك ، فلا يثبت فيه هذا الخيار ، لعدم الفائدة ، وذلك كالخلع ، والنكاح ، والصلح عن القصاص ، اذ لا تحتمل الفسخ وان كان محلها مما يتعين بالذات .

ثالثا : عدم روئية المتملك محل العقد عند انشائه ، أو قبله بفتره لا يتغير خلالها عادة . .

رابعا : وقوع الروئية فعلا ، فلا يثبت هذا الخيار قبلها .

هذا ، وثمة رأى يذهب الى ان للمتملك الحق في الفسخ قبل الروئيه ، لان سببه هو عدم الروئية لا الروئية نفسها .

محل خيار الروئيـة : .

بينا آنفا ، ان خيار الروئيه يشترط في ثبوته ، أن يكون العقد من المعاوضات المالية اللازمة وان يكون محله من الاعيان التي تتعين

---

(١) - خلافا للمالكيه الذين يرون ان الوصف يقوم مقام الروئية في العلم بمحل العقد علما كافيا .

بالتعيين ، لا بالاوصاف وان يحتمل الفسخ ، ومن ذلك ، عقد البيع اذا كان محله من الاعيان الشخصة التي تتعين بالذات ، وعقد الصلح على مال ، والقسم ، اذا كان محل الاول عينا مشخصة ، ومحل الثانية اموالا مشتركة من القيميات لا المثليات ، اذا لم يكن المشترى أو المتملك قد رأى محل العقد عند انشائه .

أو بعبارة اخرى ، محله عقود المعاوضات المالية اللازمة التي تنفسخ بالرد ، أما ما لا ينفسخ بالرد من العقود ، فلا يثبت فيه خيار الرؤية لعدم الفائدة ، وذلك كالخلع ، والنكاح ، والصلح عن القصاص (١) ولو كان محله من الاعيان التي تتعين بالتعيين .

لمن يثبت خيار الرؤية :

يثبت للمشترى أو المتملك ، وأما بالنسبة للبائع أو المملك ، فقد اختلفوا في ثبوته له ، فكان ابو حنيفة يقول بذلك ، بأن ورث البائع عينا فباعها قبل أن يراها ، ثم رجع الامام عن ذلك (٢) .

أما اذا كان العقد " مقايضة " كأن يبيع أرضا بسيارة ، بحيث يكون الثمن عينا مشخصة كالمبيع ، فان للبائع خيار الرؤية اجماعا ، لان كلا من طرفي العقد ، بائع ومشتر في آن واحد ، فيثبت لكل منهما خيار الرؤية بوصف كونه مشتريا ، لا بائعا .

على أن الاجماع السكوتي منعقد على ثبوته للمشترى دون البائع على ما ورد في قضاء جبير بن مطعم ، كما بينا .

---

(١) ـ المرجع السابق .

(٢) ـ المرجع السابق .

هذا ، والاحكام الشرعية تدور على ما يغلب وقوعه ،لا على النـــادر فالبائع يندر أن يبيع شيئا مما يملك دون أن يكون قد رآه ، وعلم به ،لوجوده تحت يده ،فكان معينا لديه ، أو من المفروض أن يكون كذلك ، فاذا لـــم يفعل كان مقصرا ، وعليه تبعة تقصيره ،بخلاف المشترى ،فان عدم رؤيتــه لمحل العقد مما يكثر وقوعه في التعامل ، لذا جاء نص الحديـث خاصا بالمشترى ،لتحقق حكمة تشريعه بالنسبة اليه دون البائـــع فيكون مقصورا عليه . وايضا ، خيار الرؤية جاء على خلاف القيـاس فلا يقاس عليه غيره ،بل يقتصر فيه على مورد النص .

ما المقصود بالرؤية :

ليس المراد بها خصوص الرؤية البصرية اجماعا ، بل ما هو أعم مـــن ذلك ،فتختلف طبيعة وسائل العلم أو الرؤية ،باختلاف طبيعة المحــل وهذا ما عبر عنه الفقهاء بقولهم " تعتبر الرؤية في كل شيء بحسبه " فـــاذا كان من المشمومات كالعطور فوسيلة تعيينه أو العلم به ، الشم ، أو مـــن المذوقات كالزيت والسمن ،فوسيلته الذوق باللسان ، أو من المنسوجـــات فوسيلته البصر واللمس ،أو كان من المرئيات كالبساتين ، والابنيـــــة (١) فيعلم بالمشاهدة .

(١) - لا يكفي مشاهدة ظاهر الدار أو المنزل ،بل لا بد من رؤية باطنه وحجراته ومرافقه ، اذ تختلف المنازل في ذلك اختلافا كبيرا ،فكانت رؤيته من الخارج لا توصل الى العلم بحقيقته علما دقيقا كامـــلا محيطا ، وقيل يكتفي بمشاهدة الظاهر ، ونحـــن نرى أنه يكتفـــي بمشاهدة الظاهر إذا كان البناء مما لا تختلف غرفة ومرافقه ، بأن كان على نمط معين مرسوم ،فالاختلاف اذن أساسه اختلاف العادات والاعراف في كل زمن .

البدائع - ج ٥ - ص ٢٩٣ .

هذا ، وإن كان من المكيلات أو الموزونات ، وكانت اجزاؤه غير متفاوتة ،فان رؤية عينة منها ، كافية في معرفة الكل ، والعلم به ، فيسقط خياره برؤية هذه العينة ،ويلزم العقد ، وان لم ير الكل ،لعدم التفاوت ، بخلاف ما اذا كانت اجزاؤه متفاوتة ، بأن كان من العدديات ، فان رؤية بعضها ،لا تسقط خياره في سائرها ، للتفاوت ، فلا تكون رؤية البعض مفيدة للعلم بالكل ، فيبقى العقد في حقه غير لازم .

وعلى هذا ،فالمراد بكلمة " الرؤية " العلم بالمقصود (١) .

أثر خيار الرؤية في العقد

ـ ينصب أثر خيار الرؤية على لزوم العقد ، فقط ، ولا يؤثر على نفاذه فيكون عقدا صحيحا نافذا غير لازم ، وذلك بالنسبة للمشترى أو المتملك اذ يثبت هذا الخيار له وحده ، كما قدمنا ، دون الطرف الاخر من البائع أو المملك ،لان العقد بالنسبة لهذا الاخير لازم ، وهو الصحيح .

وعلى هذا ،فان لمن يملك هذا الحق ـ وهو المشتري أو من في حكمه ـ أن يفسخ العقد أو يمضيه ، عند رؤية المحل ، ولا يتوقف هذا الفسخ على رضاء الطرف الاخر ، ولا على حكم القاضي .

واذا كان العقد مع خيار الرؤية نافذا ، فان جميع آثاره تترتب عليه .

هذا ، والحنفية الذين يثبتون هذا الحق دون اشتراط ، لانه ثابت بايجاب الشارع بالنص ، يجعلون لمن يملك هذا الحق فسخ العقد أو امضاءه عند رؤية المحل ، ولو كانت الاوصاف المشروطة في العقد متحققة

---

(١) ـ فتح القدير ـ جـ ٥ ـ ص ١٣٨ وما يليها ـ رد المحتار جـ ٤ ـ ص ٥٩٦ ، ص ٥٩٩ ـ البدائع ـ جـ ٧ ـ ص ٣٦٠ ـ ص ٣٦١ .

في هذا المحل ، ذهابا منهم ، الى أن الرؤية تفيد علما أدق من الوصف ، فلا يسقط تحقق الوصف في محل العقد ، حق الخيار في الرؤية ولانه ثبت حقا للشرع (١) ، خلافا للمالكية ، حيث يرون أن توافر الوصف في محل العقد كاف للعلم به ، وناف للجهالة فيلزم العقد لانه يقوم مقام الرؤية في العلم بالمعقود عليه .

هذا ، والفسخ بخيار الرؤية يصح دون قضاء ، ولا رضاء الطرف الاخر ، ـ كما ذكرنا ـ وهو فسخ على كل حال ، سواء قبل القبض وبعده بخلاف خيار العيب بعد القبض عند الحنفية .

هذا ، وباعتباره حقا للشرع ، لا يسقط ، مهما طال الزمن ، لان الحق لا يسقط الا بانتهائه ، أو بانتهاء الوقت المحدد له ، وليس لهذا الخيار وقت محدد ، فيبقى قائما ما لم يسقطه صراحة أو دلالة ، وذهب آخرون الى أنه موقت بوقت امكان الفسخ بعد الرؤية ، فاذا تمكن من الفسخ ولم يفعل ، سقط خياره بمضي الوقت ، ولزم العقد ، ولو لم يجزه صراحة أو دلالة . والصحيح الاول ، لما بيناه .

---

(١) ـ المراجع السابقة ـ سيأتي أن الفسخ بخيار العيب يتوقف على رضاء الطرف الآخر ، أو قضاء القاضي ، اذا كان بعد القبض عند الحنفية اذ قد ينازع البائع في ادعاء المشتري فوات شرط السلامة في المبيع بعد القبض ، وعلى هذا ، فلا ينفسخ العقد بعبارة المشتري وحده هذا عند الحنفية ، خلافا للشافعية والحنابلة ، اذ يتم الفسخ بعبارته وحده .

بم يسقط خيار الرؤية :

يسقط خيار الرؤية بالاسباب الآتية :

١ - رؤية محل العقد ، والرضا به ، صراحة أو دلالة .

أما صراحة ، فكقوله : رضيت بالعقد ، أو أجزته .

واما دلالة فكتصرفه في المحل الى الغير . ، يدل على رضاه بمحل العقد ، أو تصرفه ماديا فيه ، بأن كان سيارة فسافر فيها ، أو منزلا فسكنه ، أو أرضا فزرعها ، على أن تصرف المشترى في محل العقد بعد رؤيته ، للغير ، تصرفا شرعيا ناقلا للملك يسقط الخيار سواء أكان هذا التصرف يوجب للغير حقا لازما ، كالبيع والرهن والاجارة ، والهبة اذا تم فيها القبض ، أم كان لا يوجب للغير حقا كالبيع بشرط الخيار ، لنفسه ، أو عرض محل العقد للبيع للمساومة أو الهبة قبل القبض .

هذا اذا كان التصرف بعد الرؤية ، فانه يسقط الخيار مطلقا .

أما اذا كان قبلها ، فلا يسقط الخيار الا اذا كان يوجب للغير حقا لازما ، ذلك لان الحق اللازم ، يمنع الفسخ ، رعاية للحق المكتسب بالنسبة للغير ، واذا امتنع الفسخ ، لزم البيع ، ببطلان الخيار ضرورة ، أما ان كان التصرف لا يوجب حقا للغير ، فلا يسقط خيار الرؤية ، لانه لو سقط ، لكان سقوطه باعتبار دلالة هذا التصرف على الرضا ، ومعلوم ، أن صريح الرضا لا يبطل الخيار قبل الرؤية فدلالة الرضا لا تسقطه من باب أولى (١) .

٢ - تعذر رد المعقود عليه ، بهلاكه هلاكا كليا أو جزئيا ، قبل اختيار

---

(١) - فتح القدير - حـ ٥ - ص ١٣٧ وما يليها .

المشترى ، فالهلاك ، لان الهلاك الكلي ، يعدم المحل ، فيمتنع الرد ، فيسقط الخيار ، ويلزم العقد .

وأما الهلاك الجزئي ، فيفرق الصفقة على البائع ، برد البعض دون البعض ، وهذا اضرار به ، ولا يجوز ، فيسقط الخيار لذلك .

وفي معنى الهلاك ، تغيره تغيرا يخرجه عن الصفقة التي كان عليها وقت التعاقد .

٣ ـ تعيب محل العقد في يد المشترى ، أو المتملك ، يسقط حقه في الرد ، اذ يمتنع عليه أن يرده معيبا بعد أن استلمه سليما ، فيسقط الخيار لذلك .

٤ ـ موت من له الخيار ، لان خيار الرؤية ، مجرد رغبة ومشيئة ، كخيار الشرط ، لا يورث ، سواء أكان موته قبل الرؤية أم بعدها ، فيبطل خياره بموته .

٥ ـ زيادة محل العقد زيادة متصلة غير متولدة عنه ، على النحو الذى بينا في خيار الشرط .

الفرع الثالث

خيار العيب

يقصد بالعيب في اصطلاح الفقهاء ، ما يوجب نقصانا في القيمة عند أهل الخبرة (١) .

تعريف خيار العيب اصطلاحا :

هو الحق الثابت شرعا ، للمتملك ، في فسخ العقد أو امضائه اذا ظهر في محل العقد المعين بالذات ، عيب كان موجودا عند التعاقد أو التسليم ، ولم يكن قد اطلع عليه وقت ذلك ، معنا يوجب نقصا معتدا به في ماليته عند أهل الخبرة ، أو يفوت غرضا صحيحا لديه (٢) .

سبب خيار العيب :

ان سبب هذا الخيار هو ظهور عيب في محل العقد ، مما يتضرر به المتملك ، لنقصان في ماليته في نظر أهل الخبرة ، أو فوات شرط السلامة

مشروعية خيار العيب :

عقود المعاوضات المالية اذا كان محلها عينا معينة بالذات ، تنطوي على شرط ضمني - هو " السلامة " من العيب ، لان ارادة المتعاقد المتملك قد اتجهت قطعا الى ذلك ، وان لم يصرح بها ، بل هذا هو المتعارف بين الناس ، اذ لا يقصد أحد الى تملك شيء معيب ، والمعروف عرفا كالمشروط شرطا ، حتى اذا فات هذا الشرط ، بظهور العيب ، فقد اختل

---

(١) - الفتاوى الانقروية - حـ ١ - ص٦٣ - ص٦٤ - البدائع - حـ ٥ - ص٢٦٢ المراجع السابقة .

والعيب في اللغة : ما تخلو عنه الفطرة السليمة - المصباح المنير .

الرضا ، وهذا يجعل العقد غير لازم في حق من اختل رضاه ، لان الرضا الكامل شرط في صحة العقد ، ولذا قرر الفقهاء أن كل عقد معاوضة مالية ـ مشروط بالسلامة ضمنا أو دلالة.

على أن هذا الخيار ثابت بالادلة الشرعية النصية منها :
قوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ " لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا وفيه عيب ، الا بينه له " وقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ " من غشنا فليس منا " وكتمان العيب غش ، وهذا يفيد التحريم (١) .

وأيضا ، قوله ـ عليه الصلاة والسلام : " من اشترى شاة مصراة ، فهو بخير النظرين ، ان شاء أمسك ، وان شاء رد ، ورد معها صاعا من تمر " وثمة أحاديث كثيرة في هذا المعنى وان اختلفت لفظا ، ولا سبيل الى حماية المتعاقد المضرور بسبب ظهور العيب ، الا منحه حق الفسخ ، حماية له لاختلال رضاه .

هذا ، وانما اختل رضاه بظهور عيب يوجب نقصا في مالية المحل لان مقصود المتعاقدين في المعاوضات المالية ، تحقيق مقاربة التساوي بين البدلين ، والنقص في المالية ينافي هذا القصد بداهة ، ويلحق الضرر بالمتملك ، فضلا عن احتمال فوات غرضه الصحيح منه .

شروط خيار العيب :

١ ـ أن يكون العيب قائما بالمحل عند التعاقد ، أو قبل التسليم ، فيكون في ضمان البائع أو المملك ومسئوليته ، بخلاف ما لو حدث بعد التسليم فيكون في ضمان المشترى ومسئوليته ، لحدوثه في ملكه وحوزته ، فلم يكن

---

(١) ـ نيل الاوطار ـ حـ ٥ ـ ص ٢٣٩

له حق في رده ، لانه طارئ لا قديم ، ولان المتملك قد استلم المعقود عليه سليما ، فصح العقد ، ولزم ، لتوفر شرط السلامة .

٢ - أن يبقى العيب قائما في المعقود عليه الى وقت الفسخ ، حتى اذا زال قبل ذلك ، لم يكن ثمة مصلحة له في فسخه ، فلا يجوز ، لعدم تحقق مناط حكم الفسخ .

٣ - ألا يكون المتملك قد اشترط البراءة من عيب معين ، أو من عيوب معينة أو من العيوب مطلقا ، مما كان موجودا في المعقود عليه قبل القبض حتى اذا ظهر عيب من ذلك ، فلا يكون له الرد ، اذ باشتراطه البراءة تبين أنه رضي بالعيب ، فلا اختلال لرضاه ، فينتفي الخيار بانتفاء سببه .

٤ - ألا يكون المتملك قد اطلع على العيب وقت التعاقد أو قبل القبض حتى اذا كان عالما به عند ذلك ثم أقدم على التعاقد ، كان ذلك أمارة على رضاه به متعيبا ، ولا خيار مع سلامة الرضا عند التسلم .

٥ - أن يكون العيب مما ينقص من مالية المعقود عليه ، أو يفوت غرضا صحيحا للمتملك ، عند أهل الخبرة (١)

مجال خيار العيب :

يتحدد مجال خيار العيب ، باعتباره يوجب نقصا في مالية المعقود عليه ورده الى المملك ، بعقود المعاوضات المالية التي محلها عين معينة بالذات (من القيميات) اذ هي التي يتأتى فيها الرد ، ذلك أن البائع ملزم

---

(١) - لم تمكن من التوسع في بحث الخيارات أكثر من ذلك لمحدودية الصفحات المقررة في القوانين واللوائح الجامعية .

.. البدائع - حـ ٧ - ص ٣١٨ - ص ٣٢٧ -

. فتح القدير - حـ ٥ - ص ١٨٢ - ص ١٨٣ .

بتسليم عين معينة بذاتها دون غيرها ، فاذا ظهر فيها عيب ، كان للمتملك أن يرد هذه العين ، ويفسخ العقد ، بخلاف ما اذا كان المحل من " المثليات " التي تثبت أوصافا في الذمة ، اذ لا يلزم البائع مثلا بتسليم عين معينة منها ، بل من مثلها ، مما يتحقق فيه الوصف ، فاذا انتفى الوصف ، انتفى المحل وصفا ، وللمشتري أن يرفض الاستلام ابتداء ، اذ ليس هو الذى تم التعاقد عليه .

فتلخص أن مجاله عقود المعاوضات المالية التي محالها أعيان مشخصة معينة بالذات ، من مثل عقد البيع ، وعقد الاجارة اذا كان محلها دارا معينة للسكنى مثلا ، وعقد القسمة اذا كان المقسوم فيه قيميا ، وعقد الصلح اذا كان البدل عينا مشخصة ، وعقد المقايضة التي يكون فيها البدلان ، المبيع والثمن ، من الاعيان المعينة بالذات ، كشراء أرض بسيارة مثلا ، فهذه يتصور فيها خيار العيب .

حكم العقد مع خيار العيب :

يظهر أثر العيب في لزوم العقد ، فيكون غير لازم ، ولكنه لا يؤثر على نفاذه ، فتترتب آثاره عليه ، بالعقد نفسه كما لو كان لازما . اذ لا أثر للزوم وعدمه على النفاذ ، وعلى هذا ، فالعقد الذى ظهر عيب في محله ، عقد صحيح نافذ ، ولكنه غير لازم بالنسبة للمتملك الذى كان للعيب أثر في اختلال رضاه ، دون المالك . اذ العقد لازم في حق هذا الاخير ، منذ انشائه ، لسلامة رضاه .

هذا ، وعدم اللزوم يورث المتملك الذى اختل رضاه ، الخيار بين أمرين :

أولهما : فسخ العقد ورد محله المعيب الى صاحبه فيبطل العقد ، ويصبح

كأن لم يكن ، واسترداد العوض ان كان قد دفعه الى الطرف الآخر ما لم يمنع من الرد مانع من الموانع التي يتعذر معها الرد ، فيسقط الخيار ويلزم العقد ، وسنأتي على ذكرها .

الثاني : امساك المتملك المعقود عليه ، ورضاه به بكل ثمنه ، صراحة أو دلالة ، على الرغم من قيام العيب فيه ، ويصبح العقد حينئذ لازما في حقه كما هو لازم في جانب المملك منذ انشائه .

هذا ، ولا خيار للمتملك في هذه الحال ، بين امساك المعقود عليه المعيب ، وبين نقصان الثمن ، بقدر ما نقص من قيمته ، أثرا للعيب فيه ، لان العيب وصف تابع للمعقود عليه ، لا يقابله شيء من الثمن ما لم يرض المملك من تلقاء نفسه بدفع قيمة النقص في نظير عدم رد المعقود عليه المعيب ، فانه يجوز ، ويعتبر ذلك حطا من الثمن بمحض رضاه وهو جائز مشروع (١) .

وهذا مذهب الحنفية ، خلافا للحنابلة الذين ذهبوا الى أن للمتملك الخيار بين امساك المعقود عليه المعيب ، والرجوع بالنقص على المملك ، الزاما وقضاء ، فيقوم المحل سليما ، ثم يقوم معيبا ، والفرق بينهما ، يسمى نقصا أو أرشا ، فيحط من الثمن بقدره ، شاء المملك أم أبى (٢) ، وهو الاصح .

هل يتوقف فسخ العقد بالعيب ، على رضاء الطرف الاخر أو على حكم القاضي :

يفرق في حكم هذه المسألة بين حالين :

الاولى : قبل تسليم المعقود عليه المعيب ، فلا يتوقف الفسخ على رضاء ولا قضاء به .

---

(١) ـ مجمع الانهر ـ حـ ٢ ـ ص ٥٢ . فتح الوهاب شرح نهج الطلاب حـ ١ ـ ص ١٧٢ .

(٢) ـ الاقناع ـ حـ ٢ ـ ص ٩٦ ـ ص ٩٩ .

الثانية : بعد تسليم المحل المعيب ، فلا بدّ من الرضاء أو القضاء بالفسخ ذلك ، لان المتملك يدعى فوات شرط السلامة ، وقد ينازعه الطرف الاخر في ذلك .

هذا ويشترط في نفاذ حكم الفسخ ، علم الطرف الاخر به .

الاسباب التي تمنع الردّ بخيار العيب ، وتسقط الخيار .

١ ـ الرضا بالعيب بعد العلم به ، صراحة أو دلالة .

٢ ـ اسقاط الخيار صراحة ، كأن يقول أسقطت حقي في الخيار ، أو دلالة بأن يبرىء الطرف الآخر من العيب .

ولا حق للمتملك في الرجوع بالنقصان في هاتين الحالتين عند الحنفية خلافا للحنابلة ، كما قدمنا .

٣ ـ هلاك المحل كليا أو جزئيا ، لتعذر الرد ، أما في الاول ، فلان المحل معدوم ، واما في الثاني ، فلتفرق الصفقة على الطرف الآخر .

٤ ـ تعيب المعقود عليه بعيب جديد في يد المتملك بعد قبضه فضلا عن العيب القديم ، اذ يتعذر في هذه الحال ، رد المعقود عليه ، على الحال التي كان عليها وقت التعاقد ، فيسقط الخيار ، ويلزم العقد ،

ولكن للمتملك الرجوع بما يقابل النقصان ، أثرا للعيب القديم على الطرف الآخر ، سواء أكان حدوث العيب الجديد ، بآفة سماوية ، ام بفعل اجنبي وكذلك اذا كان بفعل المتملك (١) ، لان الطرف الاخر لا يجبر على قبول الرد بالعيوب الجديدة .

٥ ـ زيادة محل العقد زيادة متصلة غير متولدة من الاصل ، كزراعة الارض ،

---

(١) ـ غير انه اذا حصل الهلاك أو التعيب بفعله قبل اطلاعه على العيب كان له الرجوع بالنقصان .

أو غرسها ، وكغزل القطن ، أو ترميم الدار ، وكذلك اذا كانت الزيادة منفصلة متولدة عن الاصل ، كالثمر ، وولد الحيوان ، فانها تمنع الرد ، بسبب هذه الزيادة ، غير أن للمتملك في الحالين الرجوع على الطرف الاخر ، بالنقصان .

وتعليل ذلك في الحالة الاولى ، أن في رد المعقود عليه الى مالكه مع الزيادة المتصلة ، دون مقابل ، شبهة الربا .

وفي الحالة الثانية ، لو رد المعقود عليه ، دون الزيادة ، لتملكها الطرف الاخر دون مقابل ، ولو ردت مع الزيادة لملكها مالك العين دون مقابل ايضا ، وفي الحالين شبهة الربا ، فامتنع الرد لذلك ، ولزم العقد .

وامتناع الرد في هذه الاحوال للاسباب التي ذكرنا ، معناه سقوط الخيار ، ولزوم العقد .

هل يسقط خيار العيب بموت صاحبه ؟

لا يسقط ، بل يورث ، ويقوم الوارث مقام مورثه ، في هذا الحق فان شاء فسخ العقد ، ورد المعقود عليه الى مالكه ، واسترد البدل فيبطل العقد ، وان شاء أمسك المعقود عليه المعيب ، ورضي به ، بكل الثمن ، أو مع الرجوع بالنقصان في بعض الحالات التي اشرنا اليها ، فيلزم العقد في حقه ، وتعليل ذلك ، أن هذا حق مالي وليس مجرد رغبة ومشيئة ، لان سلامة المعقود عليه من العيب ، أمر يتصل بماليته ، أو قيمته المالية ، من حيث الكمال والنقص ، والوارث يخلف مورثه في حقوقه المالية اجماعا .

البحث الرابـــع

خيار التعيـــــــــــين

التعريف به :

هو حق للمتملك - كالمشترى - يثبت في العقد الذى محله واحـــد غيرمعلوم من شيئين أو ثلاثة معلومة ، باشتراطه فيه صراحة بحيث يكـــون له بمقتضاه سلطة في أن يختار واحدا منها ، ليصبح معلوما بعـــد أن كان مجهولا .

واضح من هذا التعريف ، ان " خيار التعيين " ثابت استثنـــاء من القياس العام في العقود والذى يقضي بوجوب أن يكون محل العقــد معينا معلوما كشرط للانعقاد ، يبطل العقد بفواته ، كمابينا ، وهــذا ما ذهب اليه الحنفية والمالكية ، مستندين في هذا الاستحسان الـــى الحاجة والعرف ، مما ينهض بحكمة تشريعية .

ووجه الحاجة ، أن الانسان قد يفتقر في البياعات الى الـــتروى واستشارة أهل الخبرة ، لما يلتبس عليه اختيار الاوفق والارفق (١) مـــن أشياء متفاوتة الصفة والثمن ، أو يكون ممن لا يستطرق الاسواق ، ولا يتردد عليها عادة ، لقلة خبرته ، أو ضيق وقته ، فيرسل نائبا عنه يتولـــى شراء حاجاته ، فتمس الحاجة الى استطلاع رأى أهل الخبرة أو راى هـــذا الاصيل فيما يرغب في شرائه من أمور متعددة مختلفة الصفة والمميزات ، فخشية أن تفوت الصفقة ، شرع حق التعيين هذا اجتهادا ، سدا للحاجـة الماسة الى ذلك ، وهذا الخيار يلتقي مع خيار الشرط من حيـــث حكمة التشريع التي تقوم على الحاجة الى التروى والاستعانة بأهـــل

---

(١) - رد المحتار - جـ ٤ - ص ٥٨٥ - ابن عابدين .

الخبرة ،وحكمة التشريع هي قوام روح الشرع ، ومقصد المشرع .

مشروعية خيار التعيين :

لم يرد في خيار التعيين نص خاص ، كما ورد في خيار الشرط وخيار الرؤية مثلا ، وانما تقوم مشروعيته ، على أساس التيسير ودفع الحرج في التعامل ، وهو مصلحة حاجية تصلح مبنى للحكم الشرعي اذا لم يرد في الشرع ما يلغيها أو ينافيها ، حتى اذا أضفنا الى ذلك " العرف " تأيد أصل المشروعية به ، ما دام لا يعارضه في الشرع دليل اقوى وخاص في موضوعه ، وكل ما لم يرد فيه نص في العقود والتصرفات يصار فيه الى العرف . هذا ، وتلمح في استدلال الحنفية على مشروعيته ابتناءً على القياس على خيار الشرط ، لوحدة المصلحة أو المناط الذى هو سند الاستحسان من القياس العام ، كما أشرنا ، والاستحسان حجة في الاستنباط فيما لا نص فيه على الاصح ،فضلا عن القياس الخاص .

وعلى هذا ،فالاساس الفقهي لهذا الخيار ،القياس الخاص على خيار الشرط ،أو الاستحسان القائم على العرف .

وذهب الشافعية والحنابلة الى عدم مشروعية خيار التعيين ،استدلالا منهم بالقياس العام ، اذ من شروط الانعقاد ان يكون محل العقد معلوما وقت التعاقد ، لان الجهالة تبطله ، وخيار التعيين يرد في عقد محله واحد غير معين وقت التعاقد ، فلم يصح لذلك

ولكن يتجه على هذا النظر ، ان محل العقد وان كان مجهولا في هذه الحال عند التعاقد ، فترة معينة ،للتروى ، وتحقيقا للرضا الكامل ، وتحصيلا للمصلحة ودفع الحرج ، غير أن مآله " التعيين"

---

(١) - المغني - جـ ٤ - ص ١١٨ - ابن قدامة - نهاية المحتاج - جـ ٣ - ص ٩٤ .

بعد ذلك وهذا لا يضر ، نظرا لما يترتب عليه من مصلحة جدية مشروعة عامة وراجحة ، بدليل جريان العرف بذلك ، والعرف في التعامل معتبر اذا لم يصادمه دليل خاص بموضوعه في الشرع وأقوى منه ينفيه ، ولم يوجد نعم ورد في الشرع النهي عن الغرر للجهالة ، ولكن هذه الجهالة بسيطة ويسيرة غير فاحشة ، ولا تفضي الى النزاع عادة ، فلا تندرج في حكم النهي لانتفاء الغرر .

هذا ، ووحدة المناط أو المصلحة بين هذا الخيار وخيار الشرط بينة ، تؤيد مشروعيته بالقياس الاصولي الخاص ، وهو حجة عند الائمة الاربعة ، كما تعلم ، .

صورة خيار التعيين :

وتوضيحا لمضمون خيار التعيين ، أن يقول البائع للمشترى ، بعتك هذه السيارات الثلاث ، الاولى بمبلغ كذا ، والثانية بكذا ، والثالثة بكذا على أن تختار أيها شئت ، . في غضون ثلاثة أيام ، على رأى الامام ، أو في غضون شهر مثلا ، على رأى الصاحبين ، والمالكية ، وقبل المشترى ، صح العقد والشرط ، ويكون المبيع واحدا لا بعينه ، من هذه السيارات الثلاث المعينة ، ذاتا ووصفا وثمنا ، والمتفاوتة جودة ورداءة ، حتى اذا استلمها المشترى ، كانت احداها لا بعينها ، مبيعة ومضمونة ، ويتعين ملكه فيها ، والاخريان امانة في يد المشترى ، لانه استلمها باذن مالكها لا على وجه التمليك ، فاذا اختار احداها في المدة المعينة وبثمنها المحدد لها ، تعينت محلا للعقد ولزم ، اذ باختياره هذا يتحقق شرط الانعقاد ، وهو العلم بمحل العقد كملا (١) .

---

(١) — رد المحتار — حـ ٤ — ص ٥٨٥ وما يليها — ابن عابدين — فتح القدير حـ ٥ — ص ١٣٨ — ص ١٤١ — تبيين الحقائق — حـ ٤ — ص ٢١ وما يليها المبسوط — حـ ١٣ — ص ٥٤ .

العقود التي يجرى فيها خيار التعيين :

لا يجرى هذا الخيار الا في عقود المعاوضات المالية التي تنقل الملك في الاعيان المعينة بالذات كالبيع ، وما في معناه ، فتحدد نطاقه بذلك ، لثبوته استحسانا وعلى خلاف القياس فلا يتوسع فيه .

وعلى هذا ، لا يجرى هذا الخيار في المعاوضات التي محلها المنافع ، ولا في عقود التبرع . هذا ، ولا يثبت الا للمتملك كالمشترى ، لتحقق حكمة التشريع فيه وحده ، دون المملك كالبائع ، لان حكمة التشريع ، أساس مشروعيته ، كما علمت حتى اذا انتفت ، كما هو الشأن في البائع ، انتفت مشروعيته وعاد الى الاصل العام الذى يقضي ببطلان العقد ، لجهالة محله وقت التعاقد .

وانما تنتفي حكمة التشريع في هذا الخيار بالنسبة للبائع أو من في معناه من قبل أن الاعيان التي يريد بيعها قائمة في يده ، ويمكنه أن يتروى فيما يختار بيعه قبل الاقدام على البيع ، بخلاف المشترى .

على أن ثمة اجتهادا عند الحنفية في صحة هذا الخيار بالنسبة للبائع أيضا ، قياسا على المشترى (١) ، وهو ضعيف ، اذ الحاجة الى ذلك بالنسبة للبائع ، نادرة ، فلا تقوى على مخالفة القياس العام من وجوب التعيين وقت التعاقد ، لضعف المصلحة ومحدوديتها .

هذا ، ودليل ندرتها عدم جريان العرف بها .

---

(١) - فتح القدير - حـ ٥ - ص ١٣١ وما يليها ، - نهاية المحتاج حـ ٣ - ص ٩٣ - تبيين الحقائق - حـ ٤ - ص ٢١ الحطاب - حـ ٤ - ص ٤٢٣ - ص ٤٢٥ .

شروط خيار التعيين :

تتوقف صحة خيار التعيين على الشروط الاتيـــة :

أولا : ألا يزيد عدد الاشياء المعينة التي يجرى الخيار بينها عن ثلاثة لانها تشتمل على الجيد والوسط والردىء ، ولا حاجة لجريانه في أكثر من ذلك ، لان هذا الخيار ثبت للضرورة ، والضرورة تقدر بقدرها .

ثانيا : أن يحدد ثمن كل منها على حدة ، نفيا للجهالة في الثمـــن المفضية الى النزاع المحرم .

ثالثا : أن تكون هذه الاشياء الثلاثة المعينة متفاوتة في الصفة مـــن الجودة والرداءة ، وهذا يستلزم التفاوت في الثمن كذلـــك لان اشتراط هذا التفاوت ، مما تقتضيه طبيعة الخيار ، اذ لـــو كانت متساوية في ذلك ، لما كان لهذا الخيار معنى ، ولا موضـــوع بل ولما دعت الحاجة التي هي أساس مشروعيته الى ذلك .

رابعا : أن تحدد المدة التي ينبغي أن يجرى الخيار خلالها ، وان اختلف الحنفية في مداها ، فابو حنيفة يحددها بثلاثة أيـــام اعتبارا بخيار الشرط ، بينما الصاحبان يتركان التحديد لاتفـــاق المتعاقدين ؛ طالت المدة أم قصرت .

أما المالكية ، فتختلف المدة عندهم تبعا لاختلاف طبيعة محل العقد على النحو الذى رأينا في مدة خيار الشرط ، في اجتهادهـــم . هذا ، والقول بعدم التحديد فيه ضرر بالبائع من غير مســـوغ يوجبه ، والضرر منفي في الشرع ، فوجب التحديد .

حكم العقد مع خيار التعيين :

اختلف الفقهاء في حكم العقد مع هذا الخيار .

فذهب فريق منهم الى أن أثر خيار التعيين ينصب على لزوم العقد فيجعله غير لازم ، فيكون لمن يملك هذا الخيار ، أن يمضي العقد ، بأن يختار واحدا منها ، أو ينقضه ويفسخه ، ويرد الاشياء المخير فيها جميعا الى صاحبها .

والفسخ هنا ، لا يتوقف على قضاء القاضي ، ولا على رضاء الطرف الآخر .

على أن هذا الفريق قد وقع الاختلاف بينهم أيضا ، فبعضهم يرى أن عدم اللزوم هو أثر متمحض لخيار التعيين ، ومن ثم لا يشترط اقترانه بخيار الشرط ولا هو متضمن له ، بينما يرى الاخر ، أن عدم اللزوم ليس أثرا متمحضا لخيار التعيين ، بل هو أثر لخيار الشرط الذي تضمنه هذا الخيار (١).

هذا ، وثمة فريق ثان يرى أن العقد لازم ، ولا أثر لهذا الخيار على لزومه ، فلا يملك المشترى بالتالي أن يفسخ العقد ، ويرد الاشياء الثلاثة المخير فيها على صاحبها ، وانما ينحصر أثره في التعيين فقط فيجبر على الاختيار .

وعلى هذا ، فالعقد نافذ لازم ، في حق المشترى ، على الرغم من قيام هذا الخيار وانما أثره في وجوب أن يختار واحدا منها ، محلا للعقد ليتميز عن غيره ، فيصبح متعينا معلوما ، ويتعين ملكه فيه وتزول بذلك هذه الجهالة اليسيرة (٢) الموقوتة .

---

(١) - فتح القدير - حـ ٥ - ص ١٣٠ - تبيين الحقائق - حـ ٤ - ص ٢١ المبسوط - حـ ١٣ - ص ٥٤ - نهاية المحتاج - حـ ٣ - ص ٩٤ البدائع - حـ ٥ - ص ٢٧٤ .

(٢) - المراجع السابقة .

أما بالنسبة للمالك كالبائع فالعقد لازم في حقه اتفاقا .

وعلى أى حال ، فان خيار التعيين ، لا أثر له على نفاذ العقد بالاتفاق ، فالعقد معه صحيح نافذ ، تترتب آثاره عليه ، من انتقال الملك في واحد لا بعينه ، ولكنه ملك غير لازم عند جمهور الحنفية ، أثرا لخيار التعيين ، حتى اذا مارسه صاحبه ، بأن اختار واحدا منها ، تعين هذا الذى اختاره محلا للعقد مضمونا ، وانصب حق الملك فيه بعينه ، وعليه ثمنه المحدد له ، وأصبح [illegible] لازما ، وكان الباقي في يده أمانة ، لا [illegible] استلمها باذن مالكها لا على وجه التمليك [illegible]

حكم انقضاء مدة خيار التعيين دون ممارسته :

ذهب الحنفية الى أن انقضاء مدة خيار التعيين دون ممارسته [illegible] يوجب لزوم (٢) العقد ، فلا يملك صاحبه نقض العقد بعدئذ ، بل يلزمه تعيين أو اختيار أحد الاشياء ، المخير فيها ، تمييزا له عن ملك غيره .

وذهب المالكية ، الى أن انقضاء المدة دون ممارسة هذا الخيار يوجب نقض العقد من أساسه ، فيجب على صاحبه أن يرد الاشياء التي كان مخيرا فيها الى مالكها جميعا ، ولسقوط حقه في الخيار

---

(١) - البدائع - حـ ٥ - ص ٢٦١ وما يليها .

(٢) - وهذا على رأى القائلين بأن أثر خيار التعيين هو عدم اللزوم ولا يتأتى على رأى من ذهب الى أن العقد لازم ، ولا أثر لخيار التعيين على هذا اللزوم .

الحطاب - حـ ٤ - ص ٤٢٥ .

ضرورة ، لان نقض العقد يتضمن نقض كافة ما كان من مشتملاته .

ونرى أن الرأى الاول هو الراجح ، منعا من الاضرار بالبائع ، اذ قد تفوت الفرصة عليه في صفقة اخرى ، بأن يبيعها من غيره ، ولا سيما اذا لاحظنا أن المالكية لا يرون تحديد مدة خيار التعيين بفترة زمنية وجيزة ، بل يتركون ذلك لما تقتضيه طبيعة محل العقد ، وقد يكون من النفائس ذوات الاثمان ، كالسيارات مثلا مما يتطلب وقتا طويلا لاستشارة أهل الخبرة ، لان خيار التعيين يجرى في ذوات القيم الطائلة غالبا ومن هنا نجمت حكمة مشروعيته ، والا فان التافه اليسير القيمة لا يستوجب مثل هذا الخيار عادة ، للتروى ، واستطلاع رأى أهل الخبرة .

واذا كان اهمال من له الخيار في ممارسته خلال المدة المعينة ، والكافية من شأنه الاضرار بالبائع ، فمن البدهي ، أن خيار التعيين لم يشرع أصلا ليكون وسيلة للاضرار بأى من طرفي العقد ، ولا ريب أن التقصير أو الاهمال الذى ينتج عنه ضرر بالغير ينبغي ألا يعفى صاحبه من المسؤولية ، لانه ضرب من التعسف في استعمال الحق على وجه سلبي وهو ممنوع ومحرم شرعا ، لذا نرى أن على المقصر تبعة تقصيره ، وخير جزاء على ذلك ، هو الزامه بالعقد ، ووجوب تعيين المعقود عليه دفعا للضرر عن البائع ، وهو ما انتهى اليه اجتهاد جمهور الحنفية .

ما يسقط به خيار التعيين :

يسقط هذا الخيار بأحد الامور التالية :

أولا : اختيار المتملك كالمشترى ، أحد الامور المخير بينها صراحة أو دلالة .

أما صراحة فكأن يقول اخترت أو قبلت أو رضيت هذا الشيء .

وأما دلالة ، فكأن يتصرف في احدها تصرف الملاك قوليا ، فيخرجه عن ملكه ، ببيع ، أو يرتب عليه حقا للغير يتعارض مع حق المالك كالرهن والاجارة .

أو يتصرف فيه تصرفا فعليا ماديا ، كأن يكون منزلا فيسكنه ، أو سيارة فيسافر فيها ، فيتعين ما اختاره محلا للعقد ، ويلزم ، كما يتعين ملكه فيه وعليه ثمنه المحدد في العقد ، ويسقط بذلك حق الخيار ، ويرد الباقي الى مالكه .

ثانيا : هلاك أحد الامور المخير بينها ، بعد القبض ، عند المتملك كالمشترى ، فيتعين الهالك محلا للعقد ، وعليه ثمنه ، ويسقط الخيار ، ولانه في ضمانه .

وهذا بخلاف ما اذا كان مخيرا بين اثنين مثلا ، فهلك احدهما في يد المملك كالبائع ، قبل تسليمه ، فان للمشترى خيار الوصف ، لا خيار التعيين ، لسقوطه ضرورة ، اذ لم يبق له محل ، فبهلاك أحدهما تعين الاخر محلا للعقد ، وبالنظر لفوات الوصف في المعقود عليه ، اذ كان واحدا لا بعينه ، فاصبح واحدا بعينه ، يثبت للمشترى الخيار في أن يأخذه بثمنه ، أو يرده ، وبذلك يسقط خيار التعيين في هذا الحال ، ضرورة ولزوما ، لا قصدا واختيارا (١) .

ثالثا : تعيب احدهما ، لان التعيب في حكم الهلاك الجزئي ، فيتعذر رده على الصفة التي كان عليها وقت التعاقد ، فيتعين هذا محلا

- البدائع - حـ ٥ - ص ٢٦١ - ص ٢٦٢ .

(١) البدائع - حـ ٥ - ص ٢٦١ - ص ٢٦٢ .

للعقد ضرورة لا اختيارا ، ويرد الباقي الى صاحبه ، لانه أمانـة في يده ، كما أسلفنا ، وبذلك ينتهي هذا الخيار في هذه الحال .

رابعا : مضي المدة المعينة في العقد ،يسقط هذا الخيار ، فيلـزم العقد (١) على الراجح .

وراثة خيار التعيـيـن :

لا ينتهي خيار التعيين بموت صاحبه ، بل يورث (٢) ، ولكـن يصبح العقد لازما في حق الورثة ، بعد أن كان غير لازم في حق مورثهـم وهو ما أشار اليه الكاساني (٣) .

وتعليل ذلك ، أن هذا حق يتعلق بالملك الثابت للمورث ، والوارث يخلفه فيه ، فكان عليه تعيينه ،ليتميز عن ملك غيره ، وبهذا يختلف عـن خيار الشرط الذى هو مجرد رغبة ومشيئة .

والفارق بين المورث والوارث في هذا الحق ، أن العقد بالنسبـة للمورث غير لازم ، فله أن ينقض العقد ويرد الاشياء جميعا الى صاحبهـا بخلاف الوارث ، فان العقد يلزم في حقه بموت مورثه ، فلا يملـك

---

(١) - البدائع - جـ ٥ - ص ٢٦١ - ص ٢٦٢ .

(٢) - المرجع السابق .

(٣) - اذ يقول - رحمه الله - : " ولا يبطل هذا الخيار بموت المشـترى بل يورث ، بخلاف خيار الشرط ، لان خيار التعيين انما يثبـت للمورث لثبوت الملك له في احدهما غير عين ، وقد قام الوارث مقامـه في ذلك الملك ، فله أن يختار أيهما شاء دون الاخر ، الا انـه ليس له أن يردهما جميعا ، وقد كان للمورث ذلك ".
البدائع - جـ ٥ - ص ٢٦٢ .

نقض العقد ، وردها جميعاً ، بل يجب عليه تعيين محل العقد ، ليتعين ملكه فيه .

هذا ، ويمكن تفسير لزوم العقد بالنسبة للوارث ، أيضا ، بأن خيار التعيين يتضمن خيار الشرط ، عند جمهور الحنفية ، فكان ـ في الواقع ـ خيارين ، وبالموت يسقط خيار الشرط ، لانه لا يورث عندهم ، فيلزم العقد ، ويبقى خيار التعيين ، في حق الوارث ، واجبا ، مع لزوم العقد ، فعليه أن يختار احدها ، محلا للعقد ، وليتعين ملكه فيه ، فيتميز عن ملك غيره ، وليس له نقض العقد ، وردهما جميعا ، لما قدمنا ، من لزوم العقد في حقه (١) .

---

(١) ـ المرجع السابق .

الفصل السادس

عيوب الرضـــــا (١)

الايجاب والقبول ـ كما أشرنا ـ مظهر للرضا النفسي لكل من العاقدين ومظنة قيامه ، فان تحقق توافقهما ، دل ذلك على أنهما تعبير واضح عن الرغبة الحقيقية لكل منهما ، وافصاح مبين عن قصديهما ، كملا ، دون مكرر نقص أو خلل ، وهذا هو التراضي الحقيقي أساس التعاقد الصحيح المنتج .

غير أن الرضا بالنسبة الى أحد العاقدين ، قد يقوم على أساس وهمي غير حقيقي ، من الغلط ، أو التدليس والتغرير ، أو الغبن الفاحش . حتى اذا أدرك العاقد عدم التطابق بين ما كان يتصوره في ذهنه حين رضي بالعقد ، وبين هذا الاساس الوهمي ، ظهر له أن رضاه وان كان قائما وقت التعاقد ، لكنه ولد معيبا منذ نشوئه ، وتكوينه ، بالنظر لما اعتراه من شائبة الغلط ، أو التدليس والخداع ، أو التقدير غير الصحيح للثمن ، مما يورثه خللا .

ولا ريب أن الرضا المعيب قائم بالفعل وليس معدوما .

[illegible] عيوب (١) الرضا لا تعدمه ، بل تورثه خللا فحسب [illegible] وافسا غير كاملا .

---

(١) ـ يطلق بعض الفقهاء على عيوب الرضا ، شوائب الارادة ، أو عيوب العقد ، ويقصد بكل اولئك ما يختل به الرضا ، من توهم تلقائي كالغلط ، أو ايهام وخداع من الغير ، كالتدليس أو التغرير عند [illegible] تكوينه ، أي وقت التعاقد ، فيولد الرضا معيبا [illegible] معه معيبا أيضا .

وانما محل النزاع في معيار اليسير والفاحش من الغبن ، فيما لم تعرف قيمته الحقيقية ، فيحتاج حينئذ الى التقويم .

هذا ، والفقهاء لم تتفق كلمتهم في تحديد هذا المعيار ، اذ لم يرد في الشرع دليل خاص ينهض بتحديده .

فذهب الحنابلة والشافعية ، الى تحكيم العرف العادة في تحديد معيار كل منهما ، ما دام لم يرد من الشارع دليل خاص بهذا التحديد فقالوا ، ان اليسير هو ما يتغابن الناس فيه عادة [illegible] تراهم يتسامحون في هذا النوع من الغبن ، أو يجدون مشقة في التخلص منه في معظم معاملاتهم وعقودهم ، أو لان طبيعة التعامل نفسها ، تقتضي هذا التسامح ، وذلك هو الاصل .

أما الفاحش فهو الاستثناء ، اذ هو ما لا يتغابن الناس فيه عادة (١) .

وذهب جمهور الحنفية ، الى أن الغبن اليسير هو ما يدخل تحت تقويم المقومين ، من أهل الخبرة والبصر بشئون المبايعات في الاسواق ، وبالسلع وأثمانها (١) .

وأما الغبن الفاحش فهو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين ، زيادة

---

(١) - وهذه الخبرة مكتسبة من دربتهم بالصناعة ، أو الزراعة أو التجارة ، ومن كثرة ترددهم على الاسواق ، ووقوفهم على تموجات الاسعار [illegible] .

أو نقصا (١) .

وتفسير هذا المعيار عند جمهور الحنفية ، أن المقومين (الخبراء) يضعون حدا أعلى ، وحدا ادنى لثمن السلعة ،فاليسير هو ما كان متراوحا بينهما ، لا يتعدى أيا منهما ،علوا أو انخفاضا ، حتى اذا جاوز الحد الاعلى ،كان غبنا فاحشا في حق المشترى واذا تدنى عن الادنى ،كان غبنا فاحشا ضارا بالبائع (٢) .

---

(١) – المغني – حـ ٤ – ص ٩٢ – ابن قدامة – الشرح الكبير – حـ ٤ – ص ٧٢ . لابي الفرج – الحطاب – حـ ٤ – ص ٤٧١ . – البدائع – حـ ٦ – ص ٣٠ – البحر الرائق – حـ ٧ – ص ١٦٩ – رد المحتار – حـ ٤ – ص ١٥٦ الفتاوى الانقروية – حـ ١ – ص ٢٥٨ .

(٢) – فاذا بيعت دار (بمائة الف) مثلا وقومها أهل الخبرة بمائة وعشرين الفا ، في حدها الاعلى ، وتسعمائة ألف ، في حدها الادنى ، فالغبن يسير ، لان الالف دائر بينهما ، لا تتعدى أيا منهما علوا وانخفاضا ، بخلاف ما اذا كان تقويمها بمائة وعشرين ألفا ، في حدها الادنى ، ومائة واربعين ألفا في حدها الاعلى ، فان الغبن فاحش، لان الالف قد جاوزت الحد الادنى ، تدنيا ، فكان هذا غبنا فاحشا بالنسبة للبائع ، وكذلك لو بيعت بمائة وخمسين الفا ، فالغبن فاحش ، لانه تجاوز الحد الاعلى والمغبون هو المشترى في هذه الحال .

والمعياران عند الفريقين متقاربان - كما ترى - لان مالا يتغابن الناس فيه عادة ، كما يرى الحنابلة والشافعية ، تحكيم لما يستقر عليه العرف التعاملي من النسبة زيادة أو نقصا ، بناء على السير التلقائي الحر ، والخبراء يعتمدون هذا الاصل في تقديرهم لاثمان كل نوع من السلع .

غير أن الخبرة تبدو اكثر دقة في تقدير ذوات القيم الطائلة التي قوامها مواصفات دقيقة صناعية وفنية ، أو هندسية ،كما في السيارات والآلات الضخمة ، والاجهزة الكهربائية ، وكما في الابنية والعمارات في أيامنا هذه ، اذ الخبرة العلمية المتخصصة هي التي ينبغي أن يحتكم اليها وحدها ، لتلعب دورها في هذا التقدير العادل الذى يعجز غيرهم عن ابداء الرأى فيه ،اذ المفروض أن محل النزاع هو ما لا قيمة له معلومة في السوق ، أو للناس ، ليصار الى اعتمادها معيارا سائدا (١) ، تراضى الناس طواعية على التعامل على أساسها ، كما قدمنا .

هذا ، والخبرة أضحت اليوم عنصرا هاما من عناصر العدل في التقويم أو التسعير ، لتعقد الحياة نتيجة للتقدم العلمي والتقني في وسائل الصناعة ، والتجارة ، والزراعة ، مما يفتقر الى التخصص العلمي الدقيق للوقوف على طبيعة خاماتها ومواصفاتها ، وتقدير

(١) - نعود فنذكر ،أن القيمة المعلومة السائدة التي تصلح معيارا عادلا تلك التي لم تكن نتيجة افتعال ، أو احتكار ،أو تواطوء بين التجار للاستغلال أيام الازمات ،والا فان أهل الخبرة يتدخلون لتقويم السلع على أساس القيمة الحقيقية مع نسبة معينة من الربح المعقول رفعا للضرر عن العامة ، وهو واجب شرعا ، على النحو الذى رأينا في التسعير الجبرى .

أثمانها التي تختلف باختلاف مصادر الصناعة في العالم ، جودة واحكاما حماية للناس من استغلال عدم خبرتهم ، وهو معنى الاسترسال الذى أشار اليه الفقه الحنبلي (١) .

٢٠٨) الغبن اليسير ـ في اجتهاد جمهور الحنفية ـ أساسه الاحتمال زيادة أو نقصا ، لا اليقين ، ومع الاحتمال لا يتحقق الغبن الفاحش المؤثر :

يفهم من فقه جمهور الحنفية ، فيما يتعلق بتحديدهم لمعيار اليسير والفاحش من الغبن ، أنه اذا اندرج الغبن تحت تقويم أهل الخبرة كان غبنا احتماليا ، اذ ليس ثمة ما يقطع بأنه فاحش ، ولذا أسموه يسيرا وجعلوه مغتفرا غير ذى أثر على العقد ، اذ لا قطع مع قيام الاحتمال ، فيصار الى الاصل في التبايع ، وهو الحل والجواز ، وهو ثابت لا ينقض بالاحتمال بخلاف ما اذا تعدى ذلك التقويم في حديه الاعلى والادنى ، بأن جاوزهما علوا أو انخفاضا ، اذ يتحقق الغبن الفاحش عندئذ ، بقرينة المجاوزة هذه أو الخروج عن المعتاد في نسبة الزيادة أو الانخفاض .

٢٠٩) فتلخص أن الغبن الاحتمالي ـ في اجتهاد جمهور الحنفية ـ يسير والفاحش ما كانت الزيادة فيه أو النقص ، متحققا بمجاوزة تقويم المقومين

---

(١) ـ يقول الامام احمد ـ رضي الله عنه ـ : " المسترسل هو الذى لا يحسن أن يماكس (يفاصل) أو لا يماكس اطلاقا ، فكأنه استرسل الى البائع ، وركن اليه ، فأخذ ما اعطاه ، من غير مماكسة ، ولا معرفة بغبنه " ـ المغني ـ حـ ٤ ـ ص ٩٤ . هذا ، وقد افرد الحنابلة للاسترسال بحثا خاصا في مصادر فقههم ، بعنوان " بيع المسترسل " وتبين أن مرادهم هو الجاهل بقيمة السلعة ، وعلى هذا فالناس بالنسبة للسلع المعقدة ، أو ذوات ـ القيم الطائلة مسترسلون .

علوا أو انخفاضا ، والاول جائز مغتفر ، عملا بأصل الحل الثابت الـــذى لا ينقض بالاحتمال ، والثاني استثناء غير جائز ، ومؤثر في صحة العقد (١).

والحق أن تحديد معيار الغبن اليسير والفاحش ، اجتهادى في جميع المذاهب .

شروط الغبن :

ـ يشترط ألا يكون العاقد عالما بالغبن الواقع عليه وقت التعاقـــد فان كان عالما به ، ثم أقدم على التعاقد ، وأتمه ، كان راضيا بالعقـد وآثاره ، وبذلك يكون رضاه سليما لا معيبا ، فيصح العقد ويلزم .

وذهب بعض فقهاء الظاهرية ، الى أن الغبن الفاحش مؤثر بذاتـــه سواء علم العاقد به أم لم يعلم ، لانه محرم في ذاته ، فتجب حمايـــة المغبون في كل حال (٢).

---

(١) ـ هذا ، وثمة معايير اخرى ، تعرض الى ذكرها الامام الكاسانـــي بعضها نسبة ثابتة ، كنصف عشر القيمة الحقيقية ، وهو ما قال بــــه الامام محمد بن الحسن ، ويرد عليه ، أن النسب متغيرة تبعا لطبيعة السلع ، ومبلغ اثمانها ، ومقدار رواجها ، أو قوة الحاجة اليهــــا وبعضها الاخر متفاوت ، بالنظر الى اختلاف السلع ، ففي العـــروض التجارية ، نصف العشر ، وفي الحيوان العشر ، وفي العقار الخمس فاذا تجاوز ذلك كان فاحشا ـ المراجع السابقة ـ

(٢) ـ المحلى ـ جـ ٨ ـ ص ٤٤٢ ـ لابن حزم .

حكم الغبن اليسير المجرد :

الاصل العام أن الغبن اليسير ، مغتفر غير مؤثر - كما قلنا - اذ النفوس تتسامح فيه عادة ، فلا يؤثر بالتالي على سلامة رضا العاقد فيصح العقد معه ، ويلزم .

غير أنه يستثنى من ذلك بعض العقود التي تتأثر بالغبن اليسير من مثل عقد المدين المحجور عليه بدين مستغرق ، وعقد المريض مرض الموت ، بيعا أو شراء ، فعقدهما موقوف على اجازة صاحب الشأن فان اجازة نفذ ، والا بطل (١) .

وتفسير ذلك ، أن تأثير الغبن اليسير استثناء من الاصل العام [illegible] العقدين ، بأن جعلهما موقوفين غير نافذين ، انما كان حماية [illegible] لا تخلل في رضا أي من عاقديه ، فكان هذا ، في الواقع [illegible] عيوب [illegible] ، فسلم الاصل العام من أن الغبن اليسير غير مؤثر .

وايضا ، حق الدائنين في الاول ، وحق الورثة في الثاني ، قد تعلق بمالية محل العقد وقيمته لا بعينه ، فكان الغبن في هذه القيمة مؤثرا ولو يسيرا ، رعاية لحقهما فيها ، والعاقد انما يتسامح في حق نفسه ، لا في حق غيره في القيمة كاملة .

- أضف الى ذلك أن المدين بدين مستغرق ، وكذلك المريض مرض الموت ، تصرفاتهما مظنة المحاباة ، - كما تعلم - فكان الاحتياط

---

(١) - راجع المادة / ٣٩٤ / المجلة - الفتاوى الانقروية حـ ١ - ص ٢٥٨ ص ٢٥٩ .

في اعتبار اليسير من الغبن مؤثرا ،لمكان التهمة (١) .

حكم الغبن الفاحش المجرد :

اتفق الفقهاء على أن للغبن الفاحش المجرد تأثيرا على العقود المتعلقة بمال اليتيم ، ومال الوقف ، ومال بيت المال ، ومال المحجور عليه ،لجنون أو سفه ، بيعا أو شراء ، أو اجارة ،استثناء من الاصل العام الذى يقضي ، بأن الغبن الفاحش لا يؤثر على التصرف الا اذا صحبه تغرير ، عند جمهور الفقهاء .- وتفسير ذلك ، أن ولاية الاوصياء والاولياء والقوام ، مقيدة برعاية مصلحة المولى عليهم ولذا كان الحق الذى منحوه في التصرف في أموال هوءلاء ، حقا وظيفيا لا شخصيا ، بمعنى أن المصلحة في التصرف تعود الى غير المتعاقد ، وليس من المصلحة أن يكون تصرفهم بعوض فيه غبن فاحش ولو مجردا ، فيقع العقد غير صحيح ابتداء ، وهذا قدر متفق عليه .

٢١٣) وايضا ، اذا كانت الولاية على هوءلاء مغياة بالمصلحة التي هي أساس مشروعيتها ، فان مما ينقض هذا الاساس ، أن يكون التصرف منافيا لتلك المصلحة ، ذلك ،لان من المقرر شرعا ، أن كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده باطل » ولا ريب أن التصرف بغبن

---

(١) ـ والحق الفقهاء بذلك ، بيع الوصي من مال اليتيم ، لمن لا تجوز شهادته له ، كزوجته ، وابنه ، بغبن يسير ،لمكان التهمة ، كما ذكرنا ، رعاية لحق الغير ، لان التصرف تعود آثاره اليه لا الى الوصي .

فاحش ولو لم يصحبه تغرير ، يعود على أصل مشروعية الولاية بالنقض لتنافيه مع المصلحة التي هي أساسها .

هذا ، واذا كان الغبن الفاحش المجرد (١) مبدئيا لا يخول المغبون حق الفسخ ، عند الجمهور ، فذلك ، لانهم اعتبروه نتيجة تقصير منه ، والمقصر يتحمل تبعة تقصيره ، ولكن هذا بالنسبة لمن يقصر في حق نفسه لا حق غيره ، لذا كان الغبن الفاحش المجرد وحده مؤثرا في صحة التصرف في اموال هؤلاء القاصرين ، لان مغبة التقصير ليست راجعة الى العاقد من الوصي أو الولي أو القيم ، بل الى المولى عليهم ، ولا يجوز أن يتحمل أحد مغبة تقصير غيره ، فكان الغبن الفاحش المجرد مؤثرا في التصرف في أموال هؤلاء القصر المولى عليها ، استثناء من الاصل العام .

غير أن الفقهاء اختلفوا في مدى هذا التأثير أو الجزاء .

فذهب جمهور الحنفية الى أن العقد يقع فاسدا ، لصدوره من أهله مضافا الى محله ، غير أنهم يرون ، أن من الممكن ازالة سبب الفساد وذلك بأن يكمل الغابن القيمة الحقيقية ، فان فعل ، صح العقد ولزم والا بطل ، وهذا هو الراجح في المذاهب الحنفي .

وذهب بعض فقهاء الحنفية الى القول ببطلان هذا العقد .

هذا وللمالكية رأيان في الجزاء :

أولهما : حق الفسخ للمغبون ، أو مطالبة الغابن بتكملة القيمة الحقيقية يتخذ أيهما شاء .

الثاني : يعطى الغابن الحق في تكملة القيمة الى المغبون أولا ، فان

---

(١) ـ أى الذى لم يصحبه تغرير أو خداع .

أوفى المغبون حقه ، صح العقد ولزم ، وان رفض ، فللمغبون الحق في نقض العقد وابطاله .

وهكذا ترى أن الحق ممنوح للغابن أولا ، فان نهض به ، فبها ونعمت ، والا فالحق للمغبون في الفسخ والابطال (١) .

جزاء أو أثر الغبن الفاحش المجرد ، في غير ذلك من العقود :

اختلف الفقهاء في أثر الغبن الفاحش المجرد على العقد فيما عدا العقود التي تتعلق بمال القاصرين ، على آراء :

الاول : بطلان العقد ، لما في الغبن الفاحش من تضييع المال واتلافه أيا كان المغبون ، وذلك منهي عنه بالنص ، والنهي يقتضي البطلان ، وهذا رأى بعض الظاهرية (٢) .

واستدلوا بالمعقول ، فقالوا إن الغبن ظلم ، والظلم محرم ، أو التحريم يقتضي البطلان .

الثاني : لا أثر للغبن الفاحش المجرد مطلقا ، أيا كان مقداره ، فالعقد معه ، صحيح نافذ لازم ولو صحبه تغرير ، لان الغبن لا يكون الا نتيجة التقصير (٣) ، والمقصر يتحمل تبعة تقصيره ، اذ كان بامكانه الاستقصاء وان يسعى لمصلحة نفسه ، باستشارة أهل الخبرة ، وهو رأى الشافعية .

---

(١) - تبيين الحقائق - حـ ٤ - ص ٧٩ - رد المحتار - حـ ٤ - ص ١٥٩ التاج والاكليل - حـ ٤ - ص ٤٦٨ - ص ٤٦٩ - الحطاب - حـ ٤ ص ٤٧١ .

(٢) - المحلى - حـ ٨ - ص ٤٤٢ .

(٣) - مغنى المحتاج - حـ ٢ - ص ٣٦ .

ويرد على هذا النظر ، ما قدمنا ، من أن معظم الناس في أيامنا هذه مسترسلون ، لتعقد الحياة ، بالتقدم العلمي والتقني .

فالمتعاقد المتملك عديم الخبرة غالبا ، لا مقصر ، بخلاف ما كان عليه الحال في الماضي ، لسهولة الحياة وبساطتها ، فكان الغبن الفاحش في أيامنا هذه ، استغلالا للاسترسال وعدم الخبرة ، ولذا ينبغي على الدولة أن تكل أمر التسعير الجبرى العادل للخبراء في الدولة ، حماية لمعظم الناس من استغلال استرسالهم ، ظلما ، وهو ما سارت عليه اليوم معظم دول العالم .

الثالث : منح المغبون حق الخيار ، ان أقام الدليل على الغبن الفاحش المجرد ، وهو اجتهاد الحنابلة ، ورأى ابن حزم ، وبعض المالكية ، وهو ما نرجحه ، لما ذكرنا (١) .

الرابع : ان اقترن الغبن الفاحش بالتغرير والاحتيال والتضليل ، سواء من قبل المتعاقد الآخر ، أو ممن يعمل لحسابه ، كالدلال والسمسار أثر في لزوم العقد ، فجعله غير لازم ، ويكون حق الفسخ للمغبون حماية له ، لانه مغرر به لا مقصر . أما ان كان مجردا ، فلا أثر له على لزوم العقد ، لأنه امارة على التقصير ، وهذا لا يستحق الحماية ، واليه ذهب جمهور الحنفية وهو مذهب الشافعي والمشهور عند المالكية (٢) ، وقد بينا وجهة نظرنا في الغبن

---

(١) ـ التاج والاكليل ـ حـ ٤ ـ ص ٤٦٨ ـ المغني حـ ٤ ـ ص ٩١ المحلى ـ حـ ٨ ـ ص ٤٤٢ .

(٢) ـ المراجع السابقة ـ رسائل ابن عابدين ـ حـ ٢ ـ ص ٧٠ ـ ص ٨٤ الفتاوى الانقروية ـ حـ ١ ـ ص ٢٥٩ ـ وراجع المادة / ٣٥٧ / من المجلة ـ والاشباه والنظائر ـ ص ٥٨ ـ لابن نجيم .

الفاحش المجرد ، وانه يوجب الفسخ ، حتى اذا صحبه تغرير ، أوجب ذلك من باب أولى .

على أن سائر المذاهب الاسلامية من الحنابلة ، والمالكية قد اعتبروا الغبن الفاحش المجرد سببا في فسخ العقد (١) ، في بيع الاسترسال ، والنجش (٢) ، وتلقي الركبان ، وفي البيوع العادية احيانا اذا كان الغبن بدرجة بينة .

وهذا ما كنا قدمناه ، ترجيحا على سائر الاراء ، في كافة عقود المعاوضات المالية ، ولذا كان التسعير الجبري العادل من قبل الخبراء ، خير وسيلة للحماية .

---

(١) ـ القوانين الفقهية ـ لابن جزي ـ ص ٢٦٨ ـ شرح الخرشي ـ حـ ٤ ص ٦٢ ـ الشرح الكبير ـ حـ ٤ ـ ص ٧٧ ـ ص ٧٩ ـ
نيل الاوطار ـ حـ ٥ ـ ص ١٥٥ ـ ص ١٥٦ ـ الموطأ شرح الزرقاني حـ ٣ ـ ص ٣٤٢ .
ـ وراجع الموجبات والعقود ـ حـ ٢ ـ ص ٤٤٠ للدكتور المحمصاني

(٢) ـ راجع في حكم العقد مع النجش ـ بداية المجتهد حـ ٢ ـ ص ١٦٧ لابن رشد ـ المغني ـ لابن قدامة ـ حـ ٤ ـ ص ٢٧٨
المحلى ـ حـ ٨ ـ ص ٤٤٨ .
وذهب بعض الفقهاء الى بطلان بيع النجش في رواية عن الامام احمد وبعضهم الى صحة العقد ولزومه ، لان النجش أمر خارج عن العقد مجاور له ـ وهو مذهب الحنفية .

المبحث الثانـــي

التدليس أو التغريـــــر

التدليس لغة (١)، كتمان عيب السلعة عن المشترى (٢)، وهـــذا المعنى اللغوى اخص من المعنى الفقهي .

أما معنى التدليس اصطلاحا ، فهو استعمال وسائل قولية أو فعليـــة مضللة ، للتأثير على الطرف الاخر ، وحمله على التعاقد .

ويتضح من هذا ، أن التدليس ليس مقصورا على كتمان العيب فـــي السلع ، بل هو أوسع مدلولا ، اذ يشمل الى ذلك كل الوسائل ، المضللة القولية منها والعملية التي من شأنها أن توهم الطرف الاخر ، غير الواقع واقعا لتغريره وتحمله على التعاقد ، فالتدليس ايهام وتضليل عن حقيقـــة المعقود عليه .

هذا ، والتدليس كما يكون من البائع ، قد يقع من المشترى أيضـــا على ما سيأتي بيانه .

شروط التدليـــس :

أولا : أن يكون التدليس صادرا من العاقد ، المستفيد منـــه أو ممن له صلة به ، كالسمسار والدلال ، شريطة أن يكون العاقد

---

(١) - يطلق فقهاء الحنفية على التدليس اصطلاح التغرير ، خلافا للجمهور ، ولا مشاحة في الاصطلاح .

(٢) - القاموس المحيط - جـ ٢ - ص ٢١٦ -
المصباح المنير - جـ ١ - ص ٦٨ .

المدلس عالما به ، ومتواطئا معه (١) .

ثانيا : أن يكون المدلس عليه جاهلا بالتدليس الواقع ، اذ لو كان عالما به عند التعاقد ، ومع ذلك أقدم عليه ، لكان راضيا بالعقد وآثاره ، ولما شاب رضاه عيب ، لانه كان على بينة من أمره .

على أن هذا الشرط لم يأخذ به بعض الشافعية ، فاعطوا الخيار للمدلس عليه ولو كان عالما بالتدليس ، ذهابا منهم الى أن التدليس أمر محرم ، والحرمة حق الله تعالى ، فلا يرفعها رضا العاقد أو عدم رضاه (٢) .

ثالثا : أن تكون الوسيلة المضللة أو الموهمة قد أثرت فعلا في العاقد حتى حملته على التعاقد مغررا به ، حتى يكون ابرامه للعقد أثرا للتغرير ، وسببا عنه .

---

(١) ويدخل في هذا بيع النجش ، وهو باطل عند الحنابلة ، لانه منهي عنه ، والنهي يقتضي التحريم ، وهذا يقتضي البطلان — المغني — حـ ٤ — ص ٢٧٨ .

— وذهب الحنفية وجمهور الشافعية الى أنه بيع صحيح لازم ، بالثمن المتفق عليه — البحر الرائق — جـ ٣ — ص ٧٠ . — الام للشيرازى .

— وذهب الظاهرية والمالكية والحنابلة ، وبعض الشافعية الى أن للمغبون حق الخيار — بداية المجتهد — حـ ٢ — ص ١٦٧ — المحلى — حـ ٨ — ص ٤٤٨ .

— المغني — حـ ٤ — ص ٢٧٨ .

(٢) — المهذب — حـ ١ — ص ٢٨٤ — للشيرازى .

أنواع التدليس :

التدليس - على ما تبين من التعريف - نوعان :
فعلي وقولي .

أما الفعلي ، فمن مثل أن يكون المبيع دارا قد تصدعت جدرانها فيسدها ثم يطليها بالجص صاحبها ، لتظهر في صورة الدار السليمة فيغتر المشتري بذلك ، ويقدم على التعاقد ، مضللا عن حقيقة المعقود عليه ، بحيلة فعلية هي الطلاء .

وكذلك السيارة تكون قديمة ، فيدهنها صاحبها ، لتبدو وكأنها جديدة ، أو يؤخر عداد المسافة ، ليموه على المتعاقد انها لم تستخدم في قطع مسافات بعيدة ، أو أن يكون محل العقد ثوبا ، وهو قديم فيصبغه ليظهر جديدا ، أو أن يكون المبيع من انثى الحيوان ، فيربط أخلافها (١) مدة يومين أو ثلاثة ، ليجتمع اللبن في ضرعها ، فينتفخ وتبدو وكأنها غزيرة اللبن ، فيغتر المشتري ، ويتصورها أو يتوهمها ، كذلك وهو ما يسمى بالتصرية ، فيغتر ويقدم على شرائها .

ومما يدل على أن هذا من الايهام والتضليل ، أن المتعاقد المغرور ، لو علم حقيقة المعقود عليه ، لما أقدم على التعاقد ، فكان رضاه وقت التعاقد ، قائما على أساس موهوم (٢) ، كما أشرنا .

---

(١) - الاخلاف ، الاثداء

(٢) - هذا ، ومن الامثلة التي ضربناها ، يبدو لك أن من التدليس الفعلي ، اخفاء عيب السلعة ، وقد مرّ معك بحث خيار العيب .

أما القولي ، فهو الكذب ، وتزييف الكلام على الطرف الاخر ، بحيث يوهمه أنه الواقع ، فيحمله ذلك على التعاقد ، مغترا .

وغالبا ما يكون التدليس القولي ، في الثمن ، أو سعر السوق أو في اعطاء بيانات مضللة .

وذلك ، كأن يقول البائع للمشترى ، انه قد عرض عليه مبلغ كذا ثمنا للسلعة ، فيغتر المشترى بقوله ، ويقدم على الشراء ، ويكون ما ادعاه البائع غير صحيح لا ن ثمنها - في الواقع - أقل .

أو أن يقول المشترى للبائع ، أنه قد عرض عليه ، ثمنا لهذه السلعة مبلغ كذا ، كذبا ، وثمنها في الواقع أكثر من ذلك ، فيغتر البائع بقوله المزيف ، ويبيعه بالسعر الذى ادعاه .

وهكذا ترى أن المدلس قد يكون البائع ، أو المشترى .

وما أيسر ما ذكره الفقهاء من أمثلة للتدليس القولي ، تجاه ما نراه اليوم من ألوان الزيف والكذب الشائع في أسواقنا ، مما يقطع بأنه ضرب من التدليس بالغ الاثر في الخداع والتضليل ، لم يعهد مثله فقهاؤنا القدامى فيما نظن ، وهو محرم قطعا ، ولا مراء أن الكسب بهذه الوسائل المضللة كسب خبيث .

هذا ، والكذب على الركبان في سعر السوق ، عند تلقيها ، ضرب من التدليس ، وكذلك على المسترسل ، وهو ما أشار اليه الامام

الشافعي في كتابه الام (١)، والدردير في الشرح الكبير ، فيثبت لكليهما الخيار ، رفعا للغبن .

هذا ، والتدليس على الركبان من البدو في سعر السوق يوجب الخيار عند الشافعية والحنابلة (٢)، خلافا للحنفية .

---

(١) ـ يبين الامام الشافعي أن تلقي الركبان ، والتدليس عليهم في سعر السوق ، مما يوجب الخيار لهم ، اذا هبطوا السوق ، ورأوا أنهم قد غبنوا ، بقوله " لان تلقيها (تلقي السلع) حين يشترى من البدويين قبل أن يصير الى موضع المساومين (السوق) من الغرور له ، بوجه النقص في الثمن ، فاذا قدم صاحب السلعة السوق ، فهو بالخيار بين انفاذ البيع ورده ، ولا خيار للمتلقي ، لانه هو الغار ، لا المغرور الام ـ جـ ٣ ـ ص ٧٢ .

ـ وكذلك بيع الاسترسال ، داخل في مفهوم التدليس ، فقد جاء في الشرح الكبير ، للدردير : " الا أن يستسلم المغبون ، ويخبر بجهله ـ تفسير للاستسلام ـ بأن يقول المشترى للبائع ، بعني كما تبيع الناس فاني لا أعلم القيمة ، أو يقول البائع للمشترى ، اشتر مني كما تشترى من غيرى ، أو يستأمنه ، بأن يقول احدهما للاخر ، وما قيمته لاشترى بها أو لا بيع بها ، فيقول له ، قيمته كذا ، والحال أنه ليس كذلك " جـ ٣ ص ١٤٤ .

(٢) ـ الام ـ جـ ٣ ـ ص ٨٢ ـ المغني ـ جـ ٤ ص ٢٨٣

وبيع المسترسل يوجب الخيار أيضا عند المالكية (١) .

وأما التدليس باعطاء بيانات كاذبة ، فكأن يدعي البائع ، أن هذه الدار مبنية بالحجارة الصلدة ، بينما هي في الواقع مبنية بالطوب الاحمر ، وهذا يوجب الخيار ، بين الفسخ أو الامضاء بكل الثمن عند الحنابلة (٢) .

أما التدليس بكتمان عيب السلعة ، فقد سبق القول فيه من أنه حرام يوجب الخيار للمغرور ، بين رد المبيع ، أو إمضاء البيع بالثمن كاملا وهو مذهب الائمة الاربعة .

هذا ، والتدليس بالكتمان ، قد وردت السنة بتحريمه ، نصا ، بقوله صلى الله عليه وسلم : "لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا ، وفيه عيب الا بينه" (٣) .

أثر التدليس على العقود (الجزاء) :

يختلف أثر التدليس أو جزاؤه ، تبعا لكونه فعليا ، أو قوليا .

آ ـ فان كان التدليس فعليا ، أوجب حق الخيار للمغرور ، فسخا للعقد أو امضاء له ، عند الجمهور

هذا ، ولا يعفي المدلس من المسئولية أن يكون قد اشترط براءة من العيوب ابتداء ، لان هذا الشرط يصح منه لو لم يكن مدلسا ، سيء النية ، والشروط لم توضع شرعا ، لتكون مخلصا من تبعة التصرف بسوء نية

---

(١) ـ البداية المجتهد ـ حـ ٢ ـ ص ١٦٩ .

(٢) ـ الشرح الكبير ـ حـ ٤ ـ ص ٧٩ ـ لابي الفرج .

(٣) ـ رواه ابن ماجه في سننه ـ حـ ٢ ـ ص ١٧ ـ رد المحتار ـ حـ ٤ ـ ص ١٠٣ .

بل ينبغي أن يعامل صاحبها بنقيض مقصوده ، ولذا يلغو الشرط ، ويترتب الاثر والجزاء ؛ وهذا هو ضمان التعيب ، أو ضمان فوات الوصف (١) .

ب ـ أما التغرير القولي ، فقد علمت أن حق الخيار فيه منوط بما يترتب عليه من غبن فاحش ، أو لا يترتب عليه ذلك ، فان ترتب على التغرير غبن فاحش ، أوجب حق الخيار للمغرور ، لانه معذور لا مقصر فكان جديرا بالحماية ، بخلاف ما اذا لم يترتب عليه غبن فاحش

٢٢٥) بل كان تغريرا أو تضليلا مجردا ، فلا أثر له على العقد ، فيصح ويلزم ، اذ العبرة بأثر التضليل ، لا بذاته .

هذا ، وثمة آراء في حكم تلقي الركبان ، وبيع المسترسل ، وبيع المصراة ، وبيع النجش ، مما لا يتسع المقام لبسطه وتفصيله .

---

(١) ـ هذا الخيار يسمى خيار التغرير (التدليس) أو فوات الوصف لان فوات الوصف يجعل المبيع في حكم المعيب .

ـ المدخل ـ جـ ١ ـ ص ٣٨٤ ـ للاستاذ الزرقا .

ـ هذا ، وحديث المصراة ، قد اختلف الفقهاء في حكمه ، فذهب بعض الفقهاء الى أن مناط التدليس متحقق فيه ، فاخذ حكمه من الخيار ، بينما لم ير بعضهم الآخر ، كالحنفية أنه تطبيق لمعنى التدليس .

المبحث الثالث

الغلط (١)

بينا آنفا ، أن مبنى التصرفات القولية كافة ، من التبرعات والمعاوضات المالية في الفقه الاسلامي — هو الرضاء ، كما قدمنا من الأدلة ، وهذا يستلزم بداهة — ليكون سليما — أن يرد على أمر معلوم لدى العاقد ، علما يطابق الواقع ، وقت انشاء العقد ، حتى اذا كان تصوره لما تعلق به رضاه ، وقت انشاء العقد ، غير مطابق للواقع ، كان وهما ، واختل بالتالي رضاه ، لقيامه على أساس وهمي أو لوقوعه أثرا لذلك الوهم ، اذ لو علم العاقد الواهم حقيقة الامر عند انشاء التصرف ، لما أقدم عليه .

تعريف الغلط فقها :

لم نعثر على تعريف (الغلط) في فقه المذاهب اذ لم يبحث الفقهاء القدامى موضوع (الغلط) بحثا جامعا مستقلا ، وانما وجدنا مسائله وتطبيقاته ، مبثوثه في بحوثهم لخيار الرؤية ، وخيار العيب ، وخيار الوصف ، والجهل بذات العاقد الآخر ، او بصفة من صفاته التي هي محل اعتبار في العقد ، والجهل بالأحكام الشرعية اذا كان متعلقها محلا للتعاقد ، وما الى ذلك .

ويمكن أن نعرف الغلط في ضوء مابينا من حقيقته ، أنه : " تصور قائم في ذهن العاقد ، لأمر جوهري في التصرف القولي تعلق به رضاه

---

(١) يقصد بالغلط هنا المجرد غير المصاحب بالتغرير أو التدليس .

وقت انشائه ، تصورا غير مطابق للواقع ، حمله على التعاقد ، ولو أدرك حقيقة الامر وقتئذ ، لما أقدم على ابرام العقد "

الفرق بين التدليس والغلط :

التدليس والغلط ، كلاهما من عيوب الرضا اذ يشتركان في ايقاع العاقد تحت تأثير الوهم الذى يحمله على التعاقد ، غير أن التدليس مصدره العاقد الآخر ، سواء أكان تدليسا في السعر ، أم في الصفة فكان إيهام بخلاف الغلط ، فانه توهم عفوى تلقائي ناشئ من ذات العاقد نفسه .

فالتدليس ايهاما وتغرير من العاقد الآخر ، أو ممن له به صلة تقـوم على التواطوء ، كالنجش .

أما الغلط ، فهو توهم (١) ذاتي تلقائي ، كما قدمنا .

(١) المدخل جـ ١ ص ٤٢٢ — للاستاذ الزرقاء .
هذا ، وقد يكون التصور الواهم القائم في نفس العاقد ، وقت ابرام العقد ، على النقض من الواقع ، كما في شراء فص على أنه من الياقوت حيث أفصح العاقد عن مراده هذا في صيغة العقد حتى كان البائع على بينة من قصده ، ثم تبين أنه من حجر غير كريم أو من الزجاج فاختلف الجنس وسيأتي أن هذا النوع من الغلط ، لا يتعلق بصحة الرضا ، بل بوجوده ، فليس اذن من شوائب الارادة وعيوبها ، لأن الرضا في مثل هذه الحال ، منتف أصلا ، لعدم وجود محل العقد ، إذ انصب رضا العاقد المشترى على الياقوت ، لا على الزجاج ، وقد أظهر مراده هذا في الصيغة والياقوت وهو محل القيد غير موجود ، لأن اختلاف الجنسي كانتفاء العين فانتفى رضاه أصلا ، لانتفاء متعلقه ، فرق بين انتفاء أحد مقومات العقد وبين توافرها جميعا ، ولكن يشوب أحدها عيب كالغلط ، فالعقد

شـــــروط الغلــط :

١ ـ أن يكون الغلط ظاهرا ، قد أفصح عنه صاحبه في صيغة العقد
وقت انشائه أو كشفت عنه القرائن والظروف الملابسه للتعاقد .
وبيان ذلك أنه قد أشرنا آنفا ، أن الرضا في الغلط معيب ،
لوقوعــه أثرا لتصور وهمي غير مطابق للواقع .
غير أن هذا الوهم أو الغلط الذى وقع العاقد تحت تأثيره ،
حتى اختل به رضاه وقت انشاء العقد ، لا تأثير له على العقد قضــــاء
مادام منطويا في نفس صاحبه مالم يفصح عنه في صيغة العقد لأن نية
الانسان أو قصده لا يعرف الا من جهته ، أو أن تكشف عنه القرائـــن
والامارات والظروف الملابسه ليعلم به الطرف الآخر ، ويقف على حقيقة
نيتــه ومقصوده .

وعلى هذا ، فالشريعة الاسلامية ، وإن جعلت مبنى التصرفات
القولية من التبرعات وعقود المعاوضات المالية هو الرضا الكامل * والنية
الحقيقية ، لقوله ـ صلى الله عليه وسلم " انما الاعمال بالنيات " أي
الاعمال والتصرفات معتبره بالنيات صحة وفسادا ، وان الخطأ والغلط
يعيب هذا الرضا فيفسد العقد ، أو يؤثر في قوته الملزمة ، فيجعله
غير لازم ، ويضع في يد الغالط حق الفسخ لينقض العقد ويبطله ، اذا
شاء حماية له ، لعدم سلامة رضاه عملا بقوله ـ صلى الله عليــــه
وسلم ـ : " رفع عن أمتي الخطأ ، والنسيان وما استكرهوا عليه "

---

* في الحالة الاولى غير منعقدا أصلا ، لانعدام كله بخلاف الثاني
فانه منعقد وموجود ، لكنه معيب .

والرفع انما هو لحكم المتصرف وأثره لا لذاته

اجماعا لأن التصرف اذا وقع ماديا ، لا يرفع غير أن الشريعة تشترط ـ لصحة الادعاء بالغلط ، وتقرير حق الحماية للغالط ـ أن يكون الغلط ظاهرا غير خفي ، ليكون الطرف الآخر على بينة منه ، وعلى توقع من نقض العقد المعيب ، فلا يفاجأ بفسخ العقد اذا وقع بخلاف ما اذا كان خفيا ، لم يفصح عنه صاحبه ، ولا دلت الامارات والقرائن عليه ، فان الادعاء بالغلط حينئذ .

وفسخ العقد على أساسه ، وابطال آثاره ، ضار بالطرف الآخر حسن النية ، واذ لم يكن يعلم بالغلط الذى وقع فيه صاحبه أصلا ولا كان منه تقصير في تبينه حتى يتحمل تبعة تقصيره ، ويلقي هذا الجزاء من نقيض العقد وابطاله على غير توقع فلا عبرة اذن بالظن الخفي المستكن في نفس صاحبه ، ولا يقبل منه ادعاؤه بالغلط بعد ابرام العقد ، أو الطعن فيه ، ولا يورثه حق الفسخ ، لأنه لم يبين مراده ليعرف غلطه أو لم يفصح عن قصده أو ارادته الباطنة وقت التعاقد وذلك ، حماية للطرف الآخر حسن النية وعملا بمبدأ استقرار التعامل (١) الذى تتعلق به مصلحة عامة أيضا تربو على المصلحة الخاصة لمدعي الغلط الخفي ، ولولا اشتراط ظهور الغلط لاصبحت المعاملات كلها عرضة للابطال مما لا يستقر معه التعامل اذ يسوغ لكل متعاقد حينئذ أن يبطل تصرفه بادعاء أنه وقع تحت تأثير الوهم أو الغلط وقت انشاء العقد دون أن يكون ثمة من دليل يثبت ذلك لا من صيغة العقد ولا من القرائن

---

(١) مصادر الحق جـ ٢ ص ١٣٠ المدخل جـ ١ ص ٤٢١ للاستاذ الزرقاء

والأمارات والظروف الملابسه للعقد وقت انشائه ، وفي هذا من الضرر مافيه .

فالغلط انما يكون نتيجة للتباين أو الاختلاف ، بين مايتصوره العاقد في ذهنه ، وبين الواقع .

وبدهي ، أن رضاه انما تعلق بالصورة التي تصورها في ذهنه وقت التعاقد فاذا تبين أن تلك الصورة الذهنية غير مطابقة للواقع ، لم يكن رضاه سليما ، بل مختلا (١) ، لكن ينبغي أن يفصح عن تصوره ومقصوده ، ليمكن تبين غلطه قضاء .

ـ فتلخص ، أن الشريعة وان اعتدت بالرضا ، أو الارادة الباطنة مبنى وأساسا للتصرف القولي ، غير أنها تشترط أن تظهر تلك الارادة لتكون مؤثرة ، حتى يستقر التعامل ، والا فلا أثر لها ، لأن اتجاه التشريع الاسلامي موضوعي ، ولذا جاء في تعريف الفقهاء للعقد كما تعلم بأنه ايجاب وقبول ، بلفظين أو مايقوم مقامها من الوسائل المادية الظاهرة تعبيرا عن التراضي النفسي الخفي ، أو الارادة الباطنة .

وقد استقر هذا الاصل عند الفقهاء في قواعد فقهية منها :

---

(١) مع ملاحظة ماقدمنا ، من أن الاختلاف بين التصور والواقع اذا كان متعلقا بجنس المعقود عليه ، لم ينعقد العقد أصلا ، لأن اختلاف الجنس في حكم انتفاء العين محل العقد ، والعقد لاينعقد بدون محل ، فانتفى الرضا اصلا ، لانتفاء ما تعلق به وهذا النوع من الغلط ، ليس من موضوع بحثنا ، عيوب الرضا .

لاعبرة بالظن البين خطــــؤه :

هذه قاعدة عامة وردت في كتب القواعد (١) الفقهية فيندرج في مفهومها الكلي (٢) ، الغلط الظاهر " من قبيل أن الظـــن اذا كان بين الخطأ ، كان وهما ، والغلط قوامه الوهم ، لعدم ـ التطابق بين التصور والوقوع .

غير أن هذا الظـــن الواهـــم ـ في منطوق القاعدة ـ يجب أن يكون بينـــا ظاهرا ، حتى يكون مؤثرا .

هذا ، وظهور خطأ الظن حتى ينقلب وهما تبطل به الحجة ، انما يكون بالدليل وذلك اما بتصريح من العاقد الظان نفســـه يفصح بعض قصده وقت انشاء التصرف القولي ، أو بالأمارات والقرائن المحتفة التي تدل على مراده وان لم يصرح بـــه .

ومؤدى القاعدة ، فيما يتعلق بموضوعنا ، من التصرفات القولية خاصـــة ن " الظن اذا ثبت وظهر خطؤه بالدليل المعتبر شرعا ، لاحجة فيه ، وكذلك مابني عليه من التصر ف القولي بالنسبة الى من وقع تحت ـ

---

١) الاشباه والنظائر ـ ص ٦٣ ـ لابن نجيم ـ وللسيوطي ـ ص ١٠٦ وقد وردت في المجلة / المادة ٧٢/ .

٢) لايقتصر مفهومها الكلي فيما يتعلق بالتصرفات على دفع مالايستحق لاستناده الى سبب وهمي لا الى سبب حقيقي شرعي ، حيث لاعبرة به فيجب ابطاله واسترداده ، لابتنائه على الغلط ، بل يشمـــل الى ذلك التصرفات القولية ، بالارادة المنفردة ، أو العقود ثنائية الطرف اذا وقع العاقد تحت تأثير الظن البين الخطأ .

تأثير هذا الظن الواهم ، فلا عبرة به ، وله ابطاله (١)
وتطبيقا لذلك ، اذا اشترى شخص ثوبا يظنه من الحرير ، ولم يظهر
مراده للبائع ، بل بقي مستترا في نفسه . ثم ظهر أنه من الكتان أو
، لم يكن له أن يدعي أنه وقع في الغلط ، ليبطل العقد ، لأن
غلطه غير ظاهر ، بخلاف ما اذا أفصح عن مراده هذا ، في صيغة
العقد بأن قال للبائع ، اشتريت منك هذا الثوب من الحرير ، ثم ظهر
أنه من القطن أو غيره ، كان له أن يدعي أنه وقع في الغلط لعدم
توفر الصفة التي يبتغيها في الثوب ، وكان له حق الخيار بين الفسخ
والامضاء ، لأن غلطه ظاهر ، اذ قد افصح عن مراده في صيغة العقد ،
وقت انشائه .

فالغلط - كما ترى - ظاهر صراحة .

ظهور الغلط بالقرائن لا بالقول الصريح :

قد يظهر الغلط بالقرائن ، او بطبيعة الظروف الموضوعية
التي تلابس العقد وقت ابرامه ، دون الافصاح عنه صراحة . فمن ذلك
اذا اشترى شخص من تاجر الآثار ، قطعة ظنها أثرية ، ولم يفصح عن
قصده هذا فان مقتضى الحال ، أو طبيعة الظرف الملابس للتعاقد ،

---

(١) والحجة التي انتفت هنا ، هي مايقضي به الاصل العام من
وجوب الوفاء بالعقد الثابت بقوله تعالى : " ياأيها
الذين آمنوا أوفوا بالعقود .

من أنه يشترى من تاجر آثار ، دليل أو قرينة على قصده هذا ، وذلك كاف في ظهور غلطه ، ولو لم يصرح بمقصوده فاذا تبين أن القطعة ليست أثرية ، كان للمشترى الادعاء بالغلط ، لظهوره بالقرينة ، ويملك بمقتضاه حق الفسخ ان شاء ، حماية له ، واحتراما لرضاه وارادته الباطنة ، مادام قد قام الدليل على نيته التي تبين بها غلطه .

على أن حسن النية الذى أوجبت الشريعة أن يسود التعامل ، يقضي بأنه كان على البائع أن ينبه المشترى الى أن القطعة ليست أثرية ، اذا كان يعلم ذلك .

الغلط المفترض وقوعه :

على أن الغلط قد يكون منشأ ظهوره ، من عيب في المعقود عليه ، لم يكن قد اطلع عليه العاقد وقت التعاقد ، فان مجرد ظهور العيب دليل على وقوع الغلط ، ذلك ، لأن نية العاقد المتملك قد اتجهت الى التعاقد على محله سليما ، تلك نية ظاهرة ، ولو لم يصرح بها في الصيغة ، لأن من المقرر عرفا وواقعا ، ان المتعاقد لا ينصب رضاه على شراء شيء معيب تنقص به قيمته أو منفعته ، ودلالة العرف قرينة معتبرة ، فضلا عن لسان الحال ، فكانت سلامة محل العقد من العيب ، شرطا ضمنيا (١) في كل عقد معاوضة مالية

---

(١) وهذا ما أشار اليه الامام الكاساني بقوله : " السلامة مشروطة في العقد دلالة " فكانت كالمشروطة نصا ، لأن البيع عقد معاوضة مبناها على المساواة عادة وحقيقة .. ولأن " السلامة "

ولو لم يصرح به في العقد ، اذ الاصل السلامة ، وهذا هو خيار العيب ، كما بينا .

أنواع الغلط وقت انشاء العقد

الغلط عند انشاء العقد ، اما أن يكون في جنس المعقود عليه ، أو في وصف له يؤدى الى تفاوت فاحش في القيمة أو المنفعة أو في وصف مرغوب فيه ، دون أن يؤدى الى ذلك التفاوت الفاحش أو في العاقد الآخر ذاته ، أو في صفة من صفاته التي لها اعتبار في العقد أو في الحكم الشرعي الذى يكون متعلقة محلا للعقد .

ونتناول هذه الانواع بالبحث تباعا .

أولا : الغلط في جنس المعقود عليه :

وذلك ، بأن يكون جنس المعقود عليه في تصور العاقد عند انشاء العقد ، يباين حقيقة المعقود عليها الواقعي ، كمن اشترى قنطارا من القمح ، فاذا هو من الشعير أو فصا من الياقوت ، فاذا هو من الزجاج أو حقيبة من الجلد ، فاذا هي من الورق المقوى (الكرتون)

= لما كانت مرغوب المشترى ، ولم يحصل ، فقد اختل رضاه ، وهذا يوجب الخيار ، لأن الرضا شرط صحة البيع فانعدام الرضا يمنع صحة البيع ، واختلاله يوجب الخيار فيه ، اثباتا للحكم على قدر الدليل " .

— البدائع — جـ ٥ ص ٢٧٤ .

هذا النوع من الغلط ـ في الواقع ـ لايتعلق بصحة الرضا ، بل بوجوده ، لأن تباين حقيقة المعقود عليه ، في حكم انتفاء العين ذاتها ، واذا انتفى محل العقد ، انتفى الرضا المتعلق به أصلا وفرق بين عدم وجود أحد مقومات العقد ، وبين توافرها جميعا ، ولكن يشوب أحدها عيب كالغلط ، ففي الحالة الاولى ، العقد باطل ، لانعدام محله ، بخلاف الثانية ، اذ العقد منعقد ولكنه معيب في أحد مقوماته ، وهو الرضا .

لذا كان الغلط في جنس المعقود عليه ليس داخلا في موضوعنا : عيوب أصلا ، لما قدمنا .

ثانيا : الغلط في وصف المعقود عليه ، يؤدى الى التفاوت الفاحش في القيمة أو المنفعة .

وذلك ، بأن يشترى منزلا على أنه مبني من الحجارة ، فاذا هو مبني من الطوب ، أو سيارة على أنها تسير (بالمازوت) فاذا هي تسير بالبنزين فالجنس كما ترى متحد ، ولكن الاختلاف في الوصف الذى يؤدى الى تفاوت فاحش في القيمة أو المنفعة وهذا الفارق الفاحش في الصفة ، بمنزلة الفارق بين الجنسين ، كما يقول الامام الكاساني (١) ، والحكم واحد

---

(١) يقول الامام الكاساني : " وكذا لو باع دارا ، على أن بناؤها آجر فاذا هو لبن ، لاينعقد لانهما يتفاوتان في المنفعة تفاوتا فاحشا فكانا كالجنسين المختلفين "

ـ البدائع جـ ٥ ص ١٤٠ وراجع فتح القدير ـ جـ ٥ ص ٢٠٦ .

وهو بطلان العقـــد ٠ وهذا النوع كسابقه ٠ ليس من موضوعنا
كما ترى وهو اجتهاد جمهور الحنفية (١) ٠

ثالثا : الغلط في وصف مرغوب فيه

الغلط في هـذا النوع ٠ يؤدى الى فوات وصف مرغو ب فيه ٠
فالجنس متحـد ٠ والوصفان : المتصور والواقعي ٠متساويان من حيث
المنفعة ٠ وغاية مافي الامر ٠ أن رضا العاقد قد تعلق بوصف يرغب فيه
ولكنه لم يتحقق ٠ فاختل رضاه لذلك ٠
ومثال ذلك ٠ أن يكون محل العقد معينا بالذات ٠ وغائبا عن مجلس العقد
أو يكون حاضرا فيه ٠ ولكن يحول الظلام مثلا دون ادراك وصفه بالمعاينة
أو أن يكون العاقد أعمى ٠ فلو اشترى قطعة من الجوخ على أنها مـن
الصنع الانكليزى فتبين انه فرنسي المصدر ٠ أو أنه أخضر اللون ٠ فاذا
هو أسود ٠ فان المشترى بالخيار بين انفاذ العقد أو فسخه لفوات وصف
في العقد اختل به رضاه ٠ وهذا هـو خيار الوصف ٠
هذا ٠ وليس ثمة فارق بين اللون الاخضر والاحمر من حيث المنفعـــة ٠

---

١) على أن الامام الكرخي ٠ قد اعتبر العقد في مثل هذه الحال
فاسدا لا باطلا ٠ وحجته في ذلك ٠ ان البائع باع المسمـى
في العقد وأشار الى غيره ٠ فصار كأنه باع شيئا ٠ بشرط أن يسلم
غيره ٠ وذلك فاسد ٠ هذا والشافعية ٠ في رأى عندهـم ٠
وكذلك المالكية ٠ أن العقد صحيح ولكنه غير لازم ٠
وعلى هذا النظر ٠ يدخل هذا النوع في موضوعنا ٠ ولكنه رأى
ضعيف ٠ ــ المرجع السابق ٠

فالغلط في الوصف واضح ، لأنه مشروط في العقد (١)

الغلط في وصف المشار اليه ،المشاهد في مجلس العقد لغو غير مؤثر :

هذا والاشارة والمشاهدة أبلغ من الوصف في التعريف ، ولـذا كان الغلط في الوصف مع تحقق الاشارة والمشاهدة ، ليس بعذر ، ولا عبرة به ، فاذا باعه شيئا معينا بالذات ، حاضرا في مجلس العقد كالسيارة مثلا ، وأشار اليها ، وهي مشاهدة أمام المشترى ، وقال بعتك هـذه السيارة الحمراء ، وهي خضراء ، فالغلط هنا لاعبرة به ، بل العبرة _ بالاشارة والمشاهدة ، لأنهما أقوى في الدلالة والتعريف ، ولذا ، استقر في الفقه الاسلامي قاعدة عامة في هذا النوع من الغلط غير المعتبر مؤداها أن " الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر (١) .

وعلى هذا ، فالعقد صحيح ولازم ، وليس للمشترى خيار على الرغـم من الغلط في الوصف المرغوب فيه .

رابعا : الغلط في شخص العاقد الآخر ، أو صفة من صفاته مما له اعتبار في العقـد .

وهذا يكون في التبرعات ، كما يكون في عقود المعاوضات المالية أو في التصرفات بالارادة المنفردة .

وذلك بأن يوصـي لشخص معين ،يعتقد أنه فلان ، فاذا هو غيره .

---

١) المادة / ٦٥ / المجلة _ المدخل _ جا _ ص٤٢٧ للأستاذ الزرقاء _ وراجع في هذا المادة ٣١٠ من المجلة .

وكذلك في الهبة ، لأن لذات الشخص الموصى اليه ، والموهوب لـه اعتبار وأهمية وكذلك في عقود المفاوضات المالية ، كالاجارة والاستصناع ، فاذا اتفق مع طبيب لصفة ذات اعتبار في العقد كمهارته على أن يجري له عملية جراحية ، يظن أنه الطبيب المشهور فيظهر انه طبيب آخر ليس في مستواه مهارة فهذا غلط في ذات المتعاقد الآخر ، مما له اعتبـار في العقد وأهمية ، اذ هو الدافع الرئيسي الى التعاقد ، فالغلط مؤثـر .

وكذلك أن يتفق مع النجار الفلاني على أن يصنع له أثاثا لمنزله ، ثم يتبين أنه غيره ممن هو دونه في الاتقان في المهنة .

أما اذا كان في مستواه مهارة ، فالمعتمد عند الفقهاء ، ان العقـد صحيح لازم .

ــ ومن ذلك أيضا ما اذا استأجر ظئرا لارضاع طفله ، فتبين أن لبنها غير صالح لتغذيته ، أو أنها فاجرة (١) أو حمقاء شرسة ، كان ذلك غلطا بينا في شخص المتعاقد الآخر ، أو في صفة ذات اعتبار في التعاقد .

هذا ، وصلاحية لبنها للتغذية ، أو حسن خلقها ، مشروط في العقد دلالة ، ولو لم يصرح العاقد بذلك لدلالة الحال ، أو العرف .

وكذلك في الوكالة ، والكفالة ، للمتعاقد الآخر اعتبار في العقد .

فالوكالة اذا كانت بأجر ، كالمحاماة ، فان لذات المتعاقد الآخـــر (المحامي) اعتبار في العقد ، لمهارته وحذقـه مثلا ، أو لصدقـــه ونزاهته ، فالغلط في شخصه مؤثر ، شريطة أن يكون الغلط واضحا كما قدمنا .

---

(١) المبسوط ــ جـ ١٥ ــ ص ١١٩ ــ ص ١٢٢ ــ والظئر هي المرأة تستأجر للارضـــاع .

هذا ، واذا كانت أحكام الغلط تجرى في عقود المعاوضات المالية التي تقبل الفسخ ، كالبيع والاجارة ، كما تجرى في التصرف القولي الانفرادى الذى يتعلق بالاسقاط ، والتمليك ، كحق الشفعة ، أو الوصية أو الهبة ، من التبرعات ، فان عقد الزواج عند الجمهور لايجرى فيه حكم الغلط ، لأنه لايقبل الفسخ ، وخالف في هذا الامام أحمد فأجاز فسخ الزواج بالغلط لفوات وصف مرغوب فيه ومشروط في العقد ، يتعلق بأحد الزوجين ، فاذا تزوجها على أنها متعلمة أو على أنها جميلة ، وشرط ذلك في العقد ، فتبين أنها دميمة ، أو جاهلة كان له حق الفسخ ، لاختلال رضاه (١) .

ونحن نرى ، أن ينبغي أن يكون للغلط أثره في عقد الزواج ولو لم يكن من عقود المعاوضات المالية ، فان لشخص الزوج أو الزوجة أو صفة من صفات أحدهما اعتبارا في هذا العقد الخطير الشأن . فاذا تبين مثلا ان في احد الزوجين داء عضالا ، أو مرضا جنسيا يتنافى مع الغاية من الزواج ، كان للآخر حق الفسخ ، للغلط في شخص العاقد الآخر ، أو في صفة جوهرية ، اذ الاصل السلامة فكان هذا الغلط ، موجبا لحق الفسخ .

أما في التصرفات القولية الانفرادية فكذلك ، اذا كان لشخص العاقد أو صفة من صفاته ، اعتبار في التصرف وأهمية ، وذلك من مثل

---

١) المغني _ جـ ٦ ص ٥٢٦ _ وما بعدها .

حق الشفعة (١) ، فاذا اسقطه صاحبه على ظن أن المشترى هو فلان ، فاذا هو غيره ، كان ذلك غلطا موجبا حق الفسخ بالنسبة لمن وقع فيه ، لما للشخص الذى من أجله اسقط حق الشفعة من اعتبار في هذا التصرف وأهمية ، اذ على أساسه كان اسقاط هذا الحق ، فكان لمن وقع في الغلط أن يرجع في هذا الحق .

خامسا : الغلط في الحكم الشرعي (الجهل به)

الأصل أن الجهل (٢) بالأحكام الشرعية ، في دار الاسلام ليس بعذر ، فليس لمن يجهلها أن يعتذر بالغلط . فلو تعامل شخص بالربا مثلا ، ثم اعتذر بأنه يجهل تحريمه ، لايقبل اعتذاره ، لاستيفاء العقد ، بل يبطل ، لأن محله أمر محرم شرعا ، والغلط في الحكم الشرعي الذى تعلق بهذا المحل لاتأثير له .

ولو خارج على حصته من الارث ، وهو يظن أنها ثمن التركه ، فاذا هي الربع لاعبرة بغلطه ، ولا تأثير ، لأن الجهل بالحكم الشرعي ليس بعذر ، فيصح العقد ويلزم .

وكذلك لو تزوج شخص امرأة من المحرمات ، وهو في دار الاسلام ، ثم اعتذر بجهله ، لايقبل اعتذاره ، لاشتهار أحكام المحرمات من النساء .

---

١) وهو حق أولوية يمنح للشريك في العقار ليقدم على المشترى الاجنبي بموجب هذا الحق ، لأن الشريك اولى بتملك العقار المشترك من الاجنبي .

٢) المنافع شرح المجامع ص ٣١٨ — والغلط نوع من الجهل .

بخلاف ما اذا كان في غير دار الاسلام ، حيث يعتبر جهلـه بالاحكام الشرعية عذرا ، لعدم نشرها وشيوعها ، اذ تطبق فيهمـا غير أحكام الشريعـة .

قاعدة الجهل بالاحكام الشرعية ليس بعذر : مقيدة بالاحوال التي لا شبهـة فيها .

ليست هذه القاعدة على اطلاقها ، بل مقصور تطبيقها علـى الاحوال التي لاشبهة فيها ، أو شاع العلم بها ، وقد حدد الامام القرافي ضابط مايعتبر عذرا من الجهالات ، فيعفى عنه ، وما لايعتبر بقوله : " ضابط مايعفى عنه من الجهالات الجهل الذى يتعذر الاحتراز عنه عادة ، وما لايتعذر الاحتراز عنه ولا يشق ، لم يعف عنه (١) وعلى هذا ، فالاحكام الشرعية التي تدق الاحاطة بها ، مما يتعلق ادراكه بالمتخصصين من العلماء يعتبر الجهل به عذرا ، اذ يشق الاحتراز عنه عادة ، بخلاف مالا يصعب ، بدليل أن غالب الناس يعلمونها ، وفي هذا المعنى يقول الامام السيوطي : " كل من جهل تحريم شيء مما يشترك فيه غالب الناس (٢) ، لايقبل (٣) " .

فضابط الجهل الذى لايعتبر عذرا ، اذن ، هو الاشتهار ، ومـا لايشتهر من الاحكام التي لايعرفها الا الخواص ، يقبل فيه العـذر . اذ يشق الاحتراز عنه ، وهو مؤدى قول الامام السيوطي ايضا : " ولا يقبل دعوى الجهل ، بثبوت الرد بالعيب ، والاخذ بالشفعة ، مـن

---

(١) الفروق جـ ٢ ص ١٥٠

(٢) أى مما يشترك غالب الناس في علمه والاحاطة به لاشتهاره .

(٣) الاشباه والنظائر — ص ٢٢٢ .

قديم الاســـلام لاشتهاره وتقبل ٠٠ في نفي الولد فـــي الاظهـــر ، لأنه لايعرفـه الا الخواص (١) ٠

على أن أحكـام الشريعـة التـي يجرى تطبيقها في القضـاء لا يقبل الاعتذار بجهلها لنشرها واعلانهـا بالطرق الرسمية ، ولا يشق علـى الناس العلم بها اذ بالامكـان أن يستعينـوا بر جال القانون والقضاء والمحاماة ، لمعرفتهـا ، والا لو فتح باب الاعتذار بالجهل بحكم الشـرع أو القانون ، لايستقر معه التعامل ، ولا يقول بهذا أحـد ، ويحمل كلام السيو طـي على الاحكام الديانية ، أو على اعتبار اختلاف الزمـن في وسائل النشـر والاعلان الرسمية ، وعدم التنظيمات القضائية علـى النحو الذى استقر في عصرنـا ٠

---

١) المرجـع السابـــق ٠

المبحث الرابـــــع

الاكـــــراه

لايمتد بحثنا الى التصرفات الفعلية أو الوقائع المادية ، ســـواء أكانت مشروعة أم غير مشروعة ، وانما مقصور على التصرفات القوليـة (١) من العقود والاقرارات .

مدى تأثير الاكراه على الاهليـــة

آ ـ يرى الفقهاء (٢) أن ليس الاكراه عارضا من عوارض الاهلية ، فلا تنعدم به ، لا من حيث أهلية الوجوب التي تثبـت بانسانية الانسـان اذ الاكراه لايأتي عليها .
ولا من حيث أهلية الاداء ، لأن مناطها العقل والتمييز والاكراه لايؤثر فيهما ، بل المكره سليم العقل قادر على فهم الخطـاب الشرعي بعد الاكراه ، كما كان قبله .

---

١) التصرفات التي قوامها أفعال ، اما أن تكون مشروعة مباحـة كالسفر ، والاكل ، والاقامة ، وما الى ذلك واما أن تكـو ن جرائم وأ فعالا محرمة ، كالقتـل ، وهتك العرض ، واتـلاف مال الغير .

٢) نهاية المحتاج جـ٣ ص ٣٨٧ ـ الخرشي ـ جـ٣ ص ٣٦٥ التلويح على التوضيح جـ٢ ص١٦٩ مجمع الانهر جـ١ ص٣٨٤ ـ البدائع جـ٧ ص١٨٧ ـ المبسوط جـ٢٤ ص ٥٧ ـ البهجة شرح التحفة جـ٢ ص ٧٥ ـ الشرح الكبير جـ ٣ ص ٦ للدسوقي

وعلى هذا ، فان المكره في فقه الحنفية ، لايسقط عنه الخطاب الشرعي ، بل يبقى مكلفا ،فليس الاكراه اذ ن من عوارض الاهلية كالجنون والسفه ، ولا مانعا من التكليف ، وانما ينعدم بـــه الرضا اتفاقا ، ويفسد به الاختيار على الجملة وفساد الاختيار يجتمع مع التكليف ، ولا ينافيه .

وهذا مايقرره الامام السرخسي بقوله : " الاكراه اسم لفعـــل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه ، أو يفسد به اختياره ،من غير أن تنعدم به الاهلية في حق المكره أو يسقط عنه الخطاب (١)

ب - غير أن المالكية يرون أن عقد المكره غير لازم ، مما يشعر بقيام التكليف ، على الرغم من الاكراه ، لكن تعليلهم لعدم اللزوم لايستقيم ، اذ يرون أن الاكراه يمنع التكليف ، ومقتضى هــــذا البطلان لاعدم اللـــزوم (٢) .

جـ - وذهب الشافعية الى أن الاكراه لايعدم الاهلية ، ولكن يمنـــع التكليف ، لأنه في اجتهادهم يعدم الاختيار (٣) وهو شـــرط

---

١) المبسوط ج ٢٤ ص٣٨ يلاحظ أن الحنفية يفرقون بين الرضـــا والاختيار ، كما سيأتي .

٢) يقول صاحب البهجة في شرح التحفة : " فاذا خاف نزول شيء به ، من هذه الامور ، حالا أو مآلا ، فباع ... فان بيعــــه غير لازم ، لعدم تكليفه " جـ٢ ص ٧٥ .

٣) ولا يفسده فحسب ، كما يذهب الى ذلك الحنفية وفرق بيـــن الفساد والبطلان عندهم بل أنهم يرون فرقا بين الفساد الناشيء عن الاكراه ،وبين الفساد الذى منشوءه خلل أوضعف ملازم للعقد كما سيأتي .

انعقاد التكليف ، حتى اذا انتفى الشرط ، انتفى المشروط .

على أن مفهوم عدم التكليف أثرا للاكراه ، ـ في فقه الشافعية ـ لايعني عدم القدرة على فهم الخطاب ، اذ لم تسقط أهليته ، بل معناه ، أن خطاب التكليف لايتوجه اليه ابان الاكراه ، لعدم اختياره اذ حرية أو سلامة الاختيار ، شرط توجه التكليف اليه ، وقد انتفت ـ بالاكراه ، فيكون هذا مانعا من التكليف ، لفوات شرطه ، لاعارضا من عوارض الاهلية ، كما قدمنا وتأسيسا على هذا ، لايلزم المكره بشيء مما يترتب على تصرفاته القولية فيما لو كان راضيا مختارا اختيارا حرا ، فيكون عقده بالاكراه باطلا لعدم الاختيار المانع من التكليف والمسئولية .

وتوضيح ذلك ، أن الاكراه في اجتهاد الشافعية ـ اذ يعدم القصد أو الاختيار ، فان المكره حين يباشر صيغة العقد تقع لاغية ، لأنه لايقصد معناها ، ولا يستعملها فيه لينشئ بها عقدا تترتب عليه آثاره بداهة ، فلا هو قاصد انشاء العقد ولا آثاره ، وانما يقصد من مباشرته الصيغة تحت تأثير الاكراه ، مجرد دفع الاذى المهدد به ، فتكون لغوا اذ كيف يلزم المرء بآثار تصرف لم يختره أو يكون مؤاخذا فيما لم يقصده أصلا ؟ لأن من المقرر شرعا ـ كأصل عام يقيني ـ أن الانسان لايلتزم الا بما ألزم به نفسه بمحض اختياره ، وكامل رضاه ذلك لأن الاختيار أو الرضا هو مبنى التصرفات القولية شرعا ، حتى اذا انعدم ، فقد التصرف أساس شرعيته فكان لذلك باطلا والباطل لاوجود له شرعا ، لاأصلا ولا أثرا .

ذلك ماترتب على اجتهاد الشافعية من ذهابهم الى أن الاكراه مانع من التكليف ، وان كان لاأثر له على الاهلية باطلاق .

الحنفية يفرقون بين الاختيار والرضا خلافا للشافعية ، وثمرة ذلك :

يفرق الحنفية بين الاختيار والرضا مفهوما وأثرا ، فيرون أن الاختيار هو " التمكن " من فعل الشيء وضده ، أما الرضا فهو الرغبة في الشيء والارتياح اليه . هذا ، ويرون الارادة مجرد الاعتزام على الفعل وتنفيذه . على هذا ، فالاختيار أعم ، والرضا أخص .
ومعنى هذا ، أنه يلزم من تحقق الرضا وجود الاختيار ، ولا عكس ، أى لايلزم من وجود الاختيار وجود الرضا وعلى هذا ، فالاختيار والرضا ـ في فقه الحنفية ـ أمران مختلفان ، وليسا مترادفين ، ولا متلازمين فقد يوجد الاختيار وينعدم الرضا ، كما في الاكراه .
وانما قلنا ان الاختيار بالمعنى الذى حدده الحنفية (١) ، وقد تحقق بالنسبة الى المكره ، لأنه قصد الى الصيغة ، وهي السبب ، ولو كان قصده اليه لمجرد دفع الاذى عن نفسه ، لأنه كان بوسعه ألا يفعل ، ويختار ـ احتمال الاذى المهدد به ، لكنه آثر اختيار الصيغة على اختيار احتمال الاذى أو بالاحرى اختار أهون الشرين ، وأخف الضررين (٢) وهذا هو " التمكن " من فعل الشيء وضده الذى هو مناط الاختيار عند الحنفية فقد تحقق مناط الاختيار في الاكراه لكنه اختيار فاسد ، لمكان الاكراه فيه (٣) غير أن فساد الاختيار ـ كما يرى الحنفية ـ لايعدم أصله ، فأصل الاختيار

---

١) بمعنى التمكن من فعل الشيء وضده . (٢) رد المختار ج٤ ص٧

٢) وهذا ماقرره الشافعية ايضا فقد نقل الامام السيوطي في كتابه " الاشباه والنظائر " عن الامام النووى ، في كتابه الروضة ، أن الاكراه يحصل : " بكل مايؤثر العاقل الاقدام عليه ، حذرا مما هدد به " ص١٨٧ الطبعة التجارية ـ وهذا الايثار صريح في اختيار

قائم مع الاكراه ، ولا منافاة بين اجتماعهما .

هذا ، ويرى الحنفية أيضا ، أن شرط انعقاد التكليف ، هو أصـــل الاختيار لا صحته (١) ، اذ يكفي في انعقاده وجود أصله ، ولو فاسدا ، وعلى هذا ، فليس الاكراه — في اجتهاد جمهور الحنفية — مانعا مـــن التكليف كما يقول الشافعية ، بل التكليف منعقد ، لوجود شرط انعقاده وهو أصل الاختيار ، ولو كان فاسدا فكان المكره مسئولا ، ومؤاخذا ، ومكلفا على الرغم من كونه مكرها .

نعم ، الرضا منعدم مع الاكراه ، كما يقول الحنفية ، وهذا بالاتفاق ، ولا نزاع فيه ، غير أن الرضا — في اجتهادهم — شرط للصحة ، لا للانعقاد حتى اذا فات الرضا بالاكراه ، فسد العقد ولم يبطل ، عند جمهور الحنفية (٢) ، لفوات شرط صحته ، ولذا ، كان للمكره أن — يجيــز العقد بعد زوال الاكراه ، اذا شاء تحقيقا لرضاه الكامل ، فيرتفع الفساد حينئذ لزوال سببه ، ويصح العقد ويلزم ، بمعنى أنه تترتب آثـــاره عليه من وقت ابرامه ، لا من وقت الاجازة ، ولا يستقل أحد طرفيـــــه بفسخه بعد ذلك ، وذلك آية مؤاخذته ومسئوليته وتكليفه .

وتفسير هذا ، أن الفساد انما تقرر عند جمهور الحنفية أثرا وجـــزاء للاكراه ، لفساد الاختيار ، وانعدام شرط صحة التصرف (٣) ، وهو

= أحد الامرين ، وتفضيله على الآخر ولا يتصور هذا الا بالتمكن وهو مناط الاختيار الذي حدده الحنفية .

(١) المراجع السابقة .

(٢) خلافا لزفــر من الحنفية ، اذ يرى أن العقد موقوف لافاسد — البدائع — جـ٧ ص٢٨٧ وما يليها فتح القدير جـ٧ ص ٢٩٢ وما يليها — المبسوطه جـ٢٤ ص٣٨ وما يليها .

(٣) المراجـــع السابقة .

الرضا ، اذ يتخلف شرط صحة العقد يتقرر فساده (١) ، حماية لحق المكره ، فيمنح حق الاجازة (٢) عند زوال الاكراه ، تحقيقا لرضاه الكامل الذى فات بالاكراه ، واذا توافر الاختيار والرضا كملا ، صح العقد ولزم في حقه ، بخلاف ما لو كان باطلا .

لكن يرد على هذا النظر ، أن العقد الفاسد لاتلحقه الاجازة ، كالعقد بالباطل ، بل هو واجب الفسخ ، رعاية لحق الشرع ، كما تعلم ، ويجاب عن هذا من قبل جمهور الحنفية ، أن سبب الفساد .

في هذا العقد ، هو رعاية حق المكره شخصيا لاحق الشرع (٣) ، فهو فساد من نوع خاص ، منشؤه العدوان على ارادته ، فلا يتسم بخصائص الفساد الذى منشؤه حق الشرع ، كالربا والجهالة الفاحشة / وسبب خصائص الفساد الذى منشؤه الاكراه قبوله الاجازة ، رعاية للحق الشخصي وهو حق المكره ، لانعدام رضاه .

— هذا هو وجه استدلال جمهور الحنفية على ماذهبوا اليه من الحكم على عقد المكره بالفساد الذى يجوز رفعه باجازة المكره نفسه عند زوال الاكراه ، مع بقائه مكلفا مسئولا على الرغم من وقوعه تحت تأثير الاكراه

---

١) وانت عليم بأن الحنفية يفرقون بين الفساد والبطلان .

٢) رد المختار جـ٤ ص٧ . هذا ، وذهب بعض الحنفية الى أن عقد المكره باطل غير منعقد ، وهذا يتفق مع راى الشافعية — الاشباه والنظائر — ص٢٨٦ — مجمع الانهر جـ٢ ص ٤٢٨ ص ٤٣٧ الاشباه والنظائر ص ٤٢٨ — ٤٣٧ للسيوطي .

٣) المراجع السابقة — وراجع مصادر الحق — جـ٤ ص١٨٧ — وما يليها رد المختار جـ٤ ص٧ — مجمع الانهر وحاشيته — جـ٢ ص ٤٢٨ ص ٤٣٧ — مصادر الحق — جـ٢ ص ١٨٦ وما يليها .

أما الشافعية ، فيرون أن عقد المكره باطل ، وعبارته لغو بناء على أن الاختيار والرضا ، أمر واحد ، مفهوما وأثرا ، فهما مترادفان ، لافرق بينهما ، حتى اذا انتفى أحدهما انتفى الآخر ، ضرورة ، ومعلوم أن الرضا منتف بالاكراه اجماعا ، فينتفي الاختيار أصلا ، ولا تكليف بلا اختيار فبطل العقد ، لأن الاختيار شرط انعقاده . منشأ الخلاف اذن بين الحنفية والشافعية هل الاختيار والرضا أمران مختلفان مفهوما ، فكانا لذلك مختلفين أثرا ، وغير متلازمين (١) ، أو أنهما أمر واحد ، مفهوما وأثرا ، فكانا مترادفين ومتلازمين ، طردا وعكسا (٢) ، فالاختيار هو الرضا ، والرضا هو الاختيار ؟

بالاول قال الحنفية ، والى الثاني ذهب الشافعية (٣) .

---

(١) بمعنى أنه لايلزم من انتفاء الرضا بالاكراه ، انتفاء أصل الاختيار بل يجتمع الاختيار والاكراه ولا منافاة ، ويكون الاختيار فاسدا ، لمكان الاكراه ، لأن الاكراه لايعدم أصل الاختيار ، بل يفسده فحسب فيكون المكره مؤخذا بعبارته ، ولو مكرها .

(٢) طردا بمعنى أنه اذا وجد الرضا ، وجد الاختيار ، وعكسا اذا انتفى الرضا انتفى الاختيار — المراجع السابقة .

(٣) المهذب مع المجموع ج ٩ ص ١٦١ — المغني ج٨ ص ٢٥٧ .
واستدل الشافعية على أن عبارة المكره لغو ، وعقده باطل لايترتب عليه أثره ، ولا مسئوليته ولا مؤاخذة على المكره ، بقوله تعالى : " لاإكراه في الدين " ووجه الاستدلال ، ان الآية الكريمة تنفي ذات الاكراه ، وهذا غير مراد قطعا ، لأنه واقع فكان النهي منصبا على حكمه وأثره حال وقوعه على المرء فيدخل

حكم عقد المكره في فقه المذاهب

تبين لنا مما سبق ، أن الفقهاء اختلفوا في حكم عقد المكره على آراء :

أولها : أنه عقد باطل وعبارة المكره وصيغته لغو ، وهو مذهب الشافعية لأن الباطل والفاسد والموقوف عندهم سواء (٦) وهو رأى عند الحنابلة أيضا .

الثاني : أنه عقد فاسد ، يصح بالاجازة من قبل صاحب الشأن ، وهو المكره ، عند زوال الاكراه ، ويرتفع باجازته العقد فساده ، تحقيقا لرضاه الكامل ، وهو مذهب جمهور الحنفية ، لأنه تصرف صادر من أهله ، مضاف الى محله ، لكنه قاصد للسبب غير راض بالمرة . بآثره

الثالث : أنه عقد صحيح نافذ لكنه غير لازم ، قياسا للاكراه على سائر عيوب الرضا ، من الغلط والتدليس والغبن لأنها مفسدة للاختيار لامعدمة له وهو رأى المالكية (١) ورأى آخر عند الحنابلة .

= في الدين بمعنى أن عبارته لاغية لاأثر لها شرعا ، فدل ذلك على أن كل تصرف ومنه القولي ، لاأثر له اذا كان وليد الاكراه والقسر ، واستدلوا أيضا بقوله — صلى الله عليه وسلم — " رفع عن أمتي الخطأ والنسيان ، وما استكرهوا عليه ، وهذا يدل على أن حكم تصرفات المكره البطلان ولأن آثارها مرفوعة ولاغية .

(١) للحنابلة رأيان : أحدهما البطلان ، وهو قول الشافعية ، والآخر ، عدم اللزوم ، وهو رأى المالكية ، وفي هذا يقول صاحب الانصاف : " فان كان احدهما مكرها ، لم يصح هذا البيع —

الرابع : أنه عقد موقوف(١) بمعنى أنه صحيح ، منعقد ، ولكنه موقوف الآثار ، فلا تترتب أحكامه وآثاره عليه ، وهو رأى زفر من الحنفية ، ووجهة نظره ، أن الرضا شرط لحتم البيع لا لصحته وهذه مرحلة تالية لصحة العقد فصار كالفضولي ، في حين يرى الامام وصاحباه أن فوات شرط الصحة لا يوجب انعدام الحكم والأثر كسائر العقود الفاسدة . وعلى هذا فان عقد المكره عند زفر موقوف لا تترتب آثاره عليه ، الا باجازة المكره بعد زوال الاكراه ، فان اجازة نفذ وترتبت آثاره عليه ، من وقت ابرامه ، مستندا ، والا بطل وأرجح الآراء فيما نرى هو هذا الاخير ، لأن حكم هذا العقد مرتبط بحق المكره نفسه شخصيا ، لا بحق الشرع كحرمة الربا ، حتى يكون باطلا أو فاسدا ، وذلك يقتضي الوقف على اجازة

= (بطل) . وعليه الاصحاب ، وقال في الفائق ، قلت ، ويحتمل الصحة وثبوت الخيار عند زوال الاكراه جـ٤ ص٢٦٥ المغني جـ٤ ص ٢٥٧ . ـ وراجع في هذا البدائع جـ ٧ ص١٨٧ وما يليها ـ المبسوط جـ ٢٤ ص ٣٨ وما يليها ـ مصادر الحق جـ٤ ص ١٨٧ وما يليها ـ رد المختار جـ٤ ص٧ ـ شرح التحفة جـ٢ ص٧٦ والشرح الكبير ـ جـ٣ ص٦ للدسوقي .

(١) البدائع جـ٧ ص ١٨٦ المبسوط ص٢٤ ـ ص٥٦ ـ ص ٥٩ . وراجع رأى المالكية ـ البهجة شرح التحفة ـ جـ٢ ص ٧٦ . هذا ، ورأى المالكية يتفق مع رأى الحنفية من حيث ان الاكراه يفسد الاختيار ، ويعدم الرضا ، غير أن المالكية يرون الجزاء عدم اللزوم في حين يراه الحنفية ، الفساد لانتفاء شرط الصحة وهو الرضـــــــا .

صاحب الشأن حماية لحقه الخاص ، بعد زوال الاكراه ، لانعدام رضاه فقد يراه في مصلحة ، فيمضيه ، وقد لايراه فينقضه ، وهذا أولى من القول بالفساد فضلا عن البطلان ، ولأن الفساد لايرتفع بالاجازة .

هذا ، وتعليل الحنفية لصحة الاجازة أنه حق شخصي ، لايقضي الفساد بل الوقف ، حماية لهذا الحق الخاص ، كما لايستقيم هذا مع القول بعدم اللزوم لأن هذا من موجبات شوائب الرضا ، لا انعدامه ، لأن من المعلوم ، أن العقد غير اللازم ، عقد صحيح منعقد نافذ ، وهذا لايتصور مع انعدام الرضا بالاكراه .

هذا ، وقياس الاكراه على سائر شوائب الرضا من الغلط والتدليس والغبن لايستقيم ، لأنه قياس مع الفارق ، اذ الاكراه قسر واجبار ينعدم به الرضا بخلاف الغلط والتدليس والغبن ، فأصل الرضا قائم فيها ، ولكنه مشوب بعيب .

لهذا كله ، كان القول بالوقف كجزاء على الاكراه ، أقرب الى ماتقتضيه القواعد (١) .

عقود وتصرفات قولية محددة ، تصح وتلزم بآثارها ، على الرغم من الاكراه ، استثناء بالنص ، على أنها من حقوق الله تعالى ، كما

ه عقدت عن اختيار تام ، ورضا كامل

ذهب الحنفية الى أن ثمة عقودا خمسة تقع صحيحة نافذة لازمة ، مع

---

(١) البدائع ـ جـ ٧ ص ١٨٧ وما يليها ـ المبسوط حـ ٤ ص ٣٨ وما يليها ـ فتح القدير ـ جـ ٧ ص ٢٦٢ .

الاكراه كما لو كان من صدرت عنه حرا مختارا ، وهي زواج المكره وطلاقه ، ورجعته ، وعتقه ، ويمينه ونذره ، ذهابا منهم الى أن الشارع [illegible] تحكم بصحتها ، ونفاذها ، والالزام بآثارها ، مع الهزل ، واكتفى بالاختيار مع انعدام الرضا ، والمكره كذلك اذ هو مختار الصيغة ، غير راض بآثارها ، فتصح وتلزم ، ولو انعدم الرضا ، قياسا على الهزل ، ولأنها من حقوق الله تعالى التي يتعلق بها مصلحة شرعية عامة .

ويلاحظ أن هذه التصرفات القولية لاتقبل الفسخ .

فدليل الحنفية — كما رأيت — هو قياس الاكراه على الهزل ، لقوله صلى الله عليه وسلم : " ثلاث جدهن ، جد ، وهزلهن جد الزواج ، والطلاق (١) والعتاق " وفي بعض الروايات ، اليمين والرجعة ، وأما ماعدا ذلك من العقود ، فلا تصح ولا تنفذ وتلزم من أصدرها بآثارها ، الا اذا كان حرا مختارا ، وراضيا بآثارها .

والراجح — فيما نرى — هو رأى الجمهور ، اذ لم يفرقوا — من حيث أثر الاكراه بين حق وحق ، ولا بين تصرف وتصرف (٢) ، فلم

---

(١) ذهب بعض الحنفية ، الى تحديد التصرفات القولية التي تصح وتنفذ وتلزم من اصدرها مع الاكراه ، في الطلاق ، والنكاح والرجعة ، وايجاب الحج ، والصدقة والعفو عن دم العمد وقبول المرأة الطلاق على مال ، والاسلام ، والصلح عن دم العمد ، على مال ، والنذر — مجمع الانهر حاشيته — ج ١ ص ٣٨٤ .

(٢) أى من التصرفات القولية .

يحكموا بصحة هذه العقود ونفاذها مع الاكراه ، على من أصدرها ، والزامه بآثارها ، بل سحبوا حكم الاكراه عليها كسائر التصرفات ، على الخلاف بينهم في حكم عقد المكره ، كما بينا واستدلالا منهم بحديث الرسول — صلى الله عليه وسلم — " رفع عن أمتي الخطأ ، والنسيان ، وما استكرهوا عليه " .

على أن قياس الاكراه على الهزل الذى استند اليه الحنفية ، هو قياس مع الفارق اذ الهزل لاقسر فيه من حيث اتخاذ السبب ، أو مباشرة الصيغة ، لأن الهازل حر مختار في ذلك ، ولكنه غير راض ، بثبوت حكمه ، لأنه عابث ، وليس كذلك المكره ، لقسر على اتخاذ السبب وللعدوان على رضاه .

صحيح ان كلا منهما غير راض بحكم السبب غير أن الهازل لايرضى به ، لأنه عابث ، وللشارع أن يلزمه بالأثر جزاء على هزله وعبثه ، وحفاظا على مصلحة شرعية عامة ، في الزواج ، والطلاق وما اليهما ، اذ ليست هذه محلا للهزل في اعتبار الشارع ، بدليل ورود الحديث (١) ، نصا في ذلك ، وليس كذلك المكره ، لأنه لم يرض بالأثر ، للاكراه لا للعبث فلا يستحق الجزاء ، بل هو جدير بالحماية ، للعدوان على حرية اختياره ورضاه ، وقد أيد هذا النظر ورود الحديث (٢) نصا في هذا المعنى كما قدمنا .

وأيضا ، قصد الشارع من ترتيب حكم الهزل في التصرف ، حماية مصلحة شرعية عامة ، كما هو ظاهر ، بينما قصده في رفع أثر التصرف

---

١) " ثلاث جدهن جد ، وهزلهم جد .. الحديث .
٢) رفع عن أمتي الخطأ .. " .

حال الاكراه ، حماية مصلحة خاصة للمكره ، فافترقا ، مفهـــوم وأثرا ومقصدا ٠

على أن اجتهاد الحنفية لايستقيم في منطق الشرع الحنيف ، اذ كيف نلزم المكلف ، بآثار عقد زواج قد اكره على انشائه اكراها ، حتى كان مسلوب الارادة والرضا ، وهما أساس التصرف في هذا التشريع ؟

وكيف نحمله على انهاء حياته الزوجيه ، بالطلاق ، قسرا واكراها ، ونلزمه بآثار ذلك ؟ ليس هذا مما يتسق وتشريع الله ورسوله قطعـــا ولو قالوا فيها بالفساد أو الوقف ، تحقيقا لحماية المكره ، لكان اولـــى وأجدر ، وأقـرب الى روح التشريع ومقاصده (١) ٠

---

(١) اتجه الحنفية الى تخفيف الاعباء المالية عن المكره حال اكراهــه على الطلاق ، والزامه بأثره ، فقالوا ، يتحمل عبء المهر ، المكره (بكسر الراء) وقالوا أيضا ، اذا كان الاكراه صـــادرا من الزوجة ، سقط مهرها ، ولكن عبء التبعة المالية أيســـر وأهون من سائر آثار قطع العلاقة الزوجية ، وهدم الاسرة ٠

— البدائع — جـ ٧ — ص ١٨٨ ٠

أنواع الاكراه :

يقسم الاصوليون والفقهاء الاكراه الى قسمين أساسيين :

١ ـ الاكراه بحق ٢ ـ الاكراه بغير حق .

أما الاكراه بحق ، فقد استقر مبدأ عاما في الفقه الاسلامي
وفيما يتعلق باجراء العقود والتصرفات القولية ، بوجه خاص .
وهو موضوع بحثنا حيث اعتبره المشرع ، عملا مشروعا ، بل واجبا
وتكليفا ، بما هو وسيلة الى تحقيق غرض مشروع ، تقاعس المكلف به
من تحقيقه ، كاجبار القاضي المدين الواجد المماطل على بيع
ماله أداء لحق ثابت في ذمته ، مستحق لدائنه دفعا لظلم المطل (١)
أو اجبار المكلف على أداء حق عام للدولة ، كالخراج والزكاة أو اجبار
مالك الارض أو الدار التي تلاصق المسجد أو الشارع العام على
بيعها (٢) توسعة لهما ، لما في ذلك من مصلحة شرعية عامة
أو اجبار المحتكر على اخراج السلع المحتكرة التي يحتاجها الناس ،
ولا سيما المواد الغذائية ، [illegible]
اذا امتنع [illegible]
العامة أو جبر [illegible] أموالهم [illegible] الناس ظلما
بسلطان الولاية ، أو استغلالا لنفوذهم (٣) وغير ذلك كثير .

---

(١) جاء في الحديث مطل الغني ظلم

(٢) وهو ما يطلق عليه الاستملاك . (٢) المبسوط ج٢٤ ص١٠١ وما يليها . (٣) الخرشي جـ ٥ ص٩ ـ الحطاب جـ ٤ ص٢٥٢ ص٢٥٣ المبسوط جـ٢٤ ص١٠١ . راجع بحثا مستفيضا في التسعير [illegible] في كتابنا الفقه الاسلامي المقارن .

هذا النوع من الاكراه هو في حقيقته جبر شرعي على تصرف قولي ، أو
على التعاقد ، أداء لحق ثابت في ذمة المدين مستحق لدائنه ، اذا
ماطل في أدائه ، وهو قادر واجد ، أو أداء لحق الله تعالى ،
[illegible]
[illegible]
الحق والعدل ، وتتحقق المصلحة [illegible] المعتبرة [illegible]
كلـــــــه .

مصدر الاكراه بحق ، هو الشرع ، ومناطه العدل ، والمصلحة الشرعية
المعتبرة فكان هذا النوع من الاكراه ، تكليفا شرعيا لازما ، لا مانعا
من التكليف ، هذا النوع من الاكراه ، ليس مانعا من التكليف ، لأنه
تعين طريقا لتحقيق العدل والمصلحة المشروعة ، حين تخلفت حرية
الاختيار ، وسلامة الرضا ، تعنتا وظلما ، عن تحقيق ذلك ، فكان
ضربا من التكليف الواجب أو الجبر الشرعي ، لأداء حق ثابت مستحق
شرعا للغير من الفرد ، أو لله تعالى ، مما يتعلق به مصلحة عامة
مشروعة ، فالاجبار من الشارع نفسه ، الزاما بأداء الحق
[illegible] الاجبار الشرعي على الأداء عند الامتناع ، تعنتا أو دون عذر
[illegible] يستلزم دفع الظلم ودفع الظلم عدل ، فان الاكراه بحق تعين وسيلة
لتحقيق عدل مشروع بداهة ، كما ذكرنا وعلى هذا ، فالاكراه بحق عمل

مشروع بل تكليف واجب ، لمشروعية غرضه ، ولم يعتبره الشارع ، مفسدا للاختيار ، ولا معدما فلا نفسه التصرف ، أو يبطله بدليل أنه لايقطع نسبة التصرف وآثاره الى المكره عليه ، بل ينسبه الشرع اليــه صيغة وأثرا ، كما لو كان حرا مختارا ، كامل الرضا صحيح الارادة (١)

وبامعان النظر في فقـه هذه المسألة أصوليا ، من الاكراه بحق ، والاكراه بغير حق ، نجد أنهما وان اختلفا حكما ووضعا شرعيا ، اذ الاول جبر شرعي ، والثاني جبر محرم لايجوز الاقدام عليه غير أنهما حكمان قد اتحدا غرضا ، وقصدا من العدل والمصلحة المعتبرة ــ التي هي مقصود الشرع ٠

وتفسير ذلك أنه اذا كان الاكراه بغير حق عملا محرمـــا شرعا (٢) فان في نسبة التصرف وآثـاره الى المكره عليه ، مع انتفاء رضاه ، اعتداء على عصمته ، وحقوقه ، لذا قطع الشارع عنه تلك النسبة سببا وأثـــرا صونا لعصمته ، ورعاية لحقوقه خشية أن تفوت بدون اختياره (٣) بخلاف الاكراه بحق ، اذ ليس في نسبة التصرف وآثاره الى المكـــره على انشائه مساس بعصمته ، أو عدوان على حقوقه ، بل فيه اجبـــاره على صيانة عصمة غيره على النحو الذى صيغت عصمته ،

---

١) فالتصرف صحيح نافذ منتج لآثاره ، ولازم ، مع الاكراه اذا تأدى به الحق ــ المواق جـ٤ ص ٢٥٢ الخرشي جـ ٥ ص ٩

٢) التلويح مع التوضيح جـ ٢ ــ ص ١٩٦ ــ ١٩٧ ٠

٣) المرجع السابق ــ كشف الاسرار جـ ٢ ص ٣٠٧ وما يليهاـ

ومنعه من هضم حق غيره ، كما روعيت حقوقه ، فاتحدا غرضـــا ومقصدا ، وان اختلفا حكما ، كما ترى .

فتبدى لنا أن أساس فلسفة التشريع الاسلامي فيما يتعلق بالاكــــراه بنوعيه ، هو " العصمة " التي تقررت حقا ثابتا لكل انسان شرعــا لأنها اذا كانت تقضي بتحريم نسبة المتصرف وآثاره الى المكره على انشائه ، رفعا للعدوان عليها ، فان تلك " العصمة " بعينها هي التي تقضي كذلك باجباره على أداء الحقوق الثابتة في ذمته ، والمستحقة للغير من الفرد او الامة ، اذا ماطل أو امتنع عن أدائها ، وهو قادر فلـــس، لوحدة المناط ، وهو "العصمة " في حق الغير ، عدلا وانصافـــا ويلغى اختيار المكره ورضاه ، حين تخلفا ـ تعنتا أو مماطلة ـ عن أداء الحق المستحق أو تحقيق مقتضى العدل ، من المصالح العامة المشروعة لتقوم مقامهما ارادة الشرع المجبرة عن طريق القضاء أو سلطان الدولـة تنفيذا لهذا التكليف ، مراغمة ، اذ الاكراه على دفع الظلم عدل .

---

(١) فالعصمة هي المناط ، والحكم على الوسيلة بالتحريم أو الايجاب تبعا لكونها تؤدي الى العدوان عليها ، أو صيانتها ورعايتها أيا كان موقعها ، للنفس أو الغير وهذا منشأ تقسيم الاكراه الى نوعيه ، بحق وبغير حق ، عند الاصوليين والفقهاء ، على مايمكن أن يستخلصه الباحث من تعليلاتهم وتوجيه استدلالهم التلويح مع التوضيح جـ٢ ، هذا ، والامة شخص معنوى ، ذات عصمة ، والعدوان على حقوق الامة اقبح جرمـــــا وأعظم اثما . ص١٩٦ ـ ص ١٩٧ .

وهكذا ترى ، أن اختلاف الحكم في الوسائل ، لايوجب التباين في الغرض والمقصد ، اذ لاتناقض في تشريع الله ورسوله ٠

الاكراه بغير حق :

يرى الحنفية ، أن الاكراه من حيث قوة تأثيره ، نوعـــان :

آ ــ اكراه ملجىء أو تام (١) ، وهو مايكون التهديد فيه بما يفوّت النفس ، أو مافي معناه ، من بتر عضو من الاعضاء أو بما يفضي الى ذلك ، من الضرب الشديد الذى من شأنه اتلاف النفس ، أو تعطيل عضو ، أو الالقاء من مكان مرتفع ، أو عمل مهين لذى جاه (٢) ٠

ب ــ واكراه غير ملجىء أو ناقص ، وهو مايكون التهديد فيه بما لايؤدى الى اتلاف نفس ، أو فوات عضو ، أو تعطيله وذلك كالضرب (٣) والحبس ، والتهديد بمنع ترقيته ان كان موظفا وهذا الاخير صورة من التهديد النفسي لا الحسي ، وكالتهديد بالصفع أو الكلام النابي اذا كان موجها الى شخص يغتمّ مثله

---

١) البدائع جـ٧ ص ١٧٥ ــ وجاء في التوضيح مع التلويح مانصه " الاكراه ٠٠ وهو اما ملجىء بأن يكون بفوت النفس أو العضو وهذا معدم للرضا ، ومفسد للاختيار ، واما غير ملجىء بأن يكون بحبس أو قيد ، أو ضرب وهذا معدم للرضا غير مفسد للاختيار جـ٢ ص ١٩٦ وما يليها ٠

٢) بشرط ألا يكون مما يؤدى الى اتلاف نفس ، أو تعطيل عضو والا كان من الاكراه الملجىء ، فكان الضرب نوعين بالنظر الى مايؤدى اليه ٠ ــ المبسوط جـ٢٤ ص٣٩ البدائع جـ٧ ص ١٧٥ ومايليها ٠

بذلـــــــك .

وانما كان هذا غير ملجىء من قبل أن بوسع من وقع عليه ، أو هدد به ، أن يتجلد ، ويحتمل الاذى .

هذا ، والاكراه الملجىء بما يتضمن من وعيد باتلاف نفس أو بتـــر عضو ، يجد المكره نفسه مضطرا الى تنفيذ ما أكره عليه ، لما يحدث ذلك من الرهبة في نفسه ، فكان مقهورا ، معدوم الرضا طبعا ، فاسد ــ الاختيار ، بخلاف غير الملجـــىء ، اذ لا اضطرار فيه مادام في الوسع تحمل الاذى ، مادام لا يؤدى الى اتلاف نفس أو ما في معناه ، لذا ، كان غير مفسد للاختيار ، وان كان معدما للرضا ، اذ لا يجتمع رضا مـــع اكراه ، في الطبع الانساني ، لمكان الرهبة والاخافة التي تحمل على الشعور بالاضطـــرار .

منشأ تقسيم الاكراه الى ملجىء وغير ملجىء

ان منشأ تقسيم الاكراه الى ملجىء وغير ملجىء في اجتهاد الحنفية هو تفرقتهم بين الاختيار والرضا ، على النحو الذى بينا خلافا للشافعية ، اذ لا يفرقون هذه التفرقة ، فالاختيار والرضا ، أمر واحد ، ولا يجتمعـــان

= كشف الاسرار جـ ٢ ص ٣٠٧ وما يليها .
ــ تبين الحقائق جـ ٥ ص ١٨١ ص ١٨٧ .

(١) مغنى المحتاج جـ٣ ص ٢٨٩ كشف الاسرار جـ ٢ هذا ، وقد عرف هذا التقسيم الشيعة الجعفرية . ــ كاشف الغطـاء جـ ٣ ص ١٥٦ ــ مصادر الحـق جـ ٢ ص ٢١١ .

مع الاكراه أصلا ، فكان الاكراه في فقههم نوعا واحدا ، لوحدة مبناه وهو الاكرا الملجىء ، وأما غير الملجىء ، فليس اكراها ، لانتفاء علة الاضطرار فيه (١) الناشئه عن الرهبة .

وحدة أثر الاكراه بنوعيه ، على التصرف القولي

وأيا ماكان ، فالاكراه بنوعيه (١) من الملجىء وغير الملجىء ، سواء من حيث تأثيرهما (٢) على التصرف القولي القابل للفسخ في فقه الحنفية كالبيع أو الاجارة اذ كلاهما يعدم الرضا (٣) ، فحكمهما واحد بالنسبة الى هذا التصرف فيبطله ، أو يفسده ، أو يوقفه ، أو يجعله غير لازم على الخلاف الذى بيناه في فقه المذاهب .

---

١) جاء في التلويح مع التوضيح : " وحقيقة الاختيار هو القصد الى مقدور متردد بين الوجود والعدم بترجيح أحد جانبيه على الآخر ، فان استقل الفاعل في قصده فصحيح ، والا ففاسد ج٢ ص ١٩٦ وما يليها .

٢) يقول صاحب التلويح : " يكون الإكراه ، اما ملجئًا يضطر الفاعل الى مباشرة الفعل خوفا من فوات النفس ، أو ماهو في معناه ، كالعضو ، واما غير ملجىء ، بأن يتمكن الفاعل من الصبر من غير فوات النفس أو العضو "
ـ المرجع السابق .

٣) أما ان الاكراه بنوعيه الملجىء وغير الملجىء يعدمان الرضا فذلك لأن بقاء الاختيار حتى في الملجىء ، لأهون الشرين
١) او أخف الضررين يتم مع عدم الرضا ، بأى منهما .

ثمرة التفرقة بين الاختيار والرضا منشأ تقسيم الاكراه الى نوعيه
تظهر في العقود الخمسة .

غير أنه فيما يتعلق بالعقود الخمسة ، من الزواج والطلاق ، والعتاق ،والرجعة ، واليمين ، تظهر ثمرة التفرقة بين الرضا والاختيار في اجتهاد الحنفية ،خلافا للجمهور ، في هذه العقود .
وبيان ذلك ، أن هذه العقود التي لاتحتمل الفسخ ولا يؤثر فيها الهزل بنص الحديث (١) ، لايعتبر فيها الرضا ، وجودا وعدما حتى اذا انعدم الرضا بالاكراه ، بقي التصرف منعقدا صحيحا نافذا وأثره ملزما ، في اجتهادهم اذ لاعبرة بانعدام الرضا فيها ، بل يكتفي بأصل الاختيار على ماقدمنا ،خلافا للجمهور الذين لايعرفون هذه التفرقة ، فيؤثر في هذه العقود انتفاء الرضا او فساد الاختيار لأنهما أمر واحد ، فلا تصح بل تبطل أو تصبح غير لازمة وقد رجحنا هذا الرأى .
_ هذا ، وقد أشرنا آنفا الى أن مستند الحنفية في ذلك هو قياس الاكراه على الهزل ، بجامع انتفاء الرضا بالآثار في كل منهما وبينا أنه مع الفارق .
ولذا ، لم يفرق الجمهور بين التصرفات القولية ، من حيث كونها قابلة للفسخ ،أو غير قابلة ، ليطبق حكم الاكراه عليها ، فكان

(١) " ثلاث جدهن جد ، وهزلهن جد .. الحديث ".

واحد لا يختلف بالنسبة اليها جميعـــــا • (١)

---

١) قد علمت أن الحنفية ، يوقعون طلاق المكره ، وزواجه ، ورجعته ويمينه ،ويستدلون على ذلك ، بأنها تثبت مع الهزل ، فمـــع الاكراه ، أولى •

أما ثبوتها مع الهزل ،فبالحديث : " ثلاث جدهن جد ، وهزلهن جد ، الطلاق والنكاح والرجعة " •

وقالوا في توجيه استدلالهم ، أنه مادام لم يمتنع الوقوع مـــع وجود مايضاد الجد ، فلأن يمتنع بسبب الاكراه اولى ،لأن الاكراه لايضاد الجد ، فانه اكره على الجد ، وأجاب على ذلك ، وانما ضد الاكراه الرضا ـ المبسوط ج٢٤ ص ٤١ ص ٤٢ •

ـ هذا ،مبلغ استدلال الحنفية على ماذهبوا اليه من وقوع طلاق المكره وزواجه ،ورجعته وما اليها •

وأما أدلة الشافعي ، فقد استدل بحديث " رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه " ومقتضى هذا ، كما يقول الامام الشافعي أن يكون حكم كل ما استكره عليه عفوا ، ولأن القصد الى ماوضـــع له التصرف شرط جوازه ،ولهذا لايصح تصرف الصبي والمجنون ، وهذا الشرط يفوت بالاكراه ،لأن المكره لا يقصد بالتصرف ماوضع له ، وانما يقصد دفع مضرة السيف عن نفسه " •

ـ البدائع ـ ج٧ ـ ص ١٨٢ •

ومفاد هذا ،بطلان تصرفات المكره بالطلاق ، ماكان من العقود الخمسة التي لاتحتمل الفسخ ، وما عداها ايضا ، وهو مذهب مالـــك واحمد ـ اعلام الموقعين ج٤ ص٤٣ • ـ ولا شك ان الاكراه الملجيء هو الحمل على الفعل بغير قصد الفاعل والراجح مذهب الجمهور •

الاكراه النفسي غير المباشر :

هذا ، وذهب المالكية ، وبعض الحنفية (١) ، الى أن ثمة نوعا آخر من الاكراه النفسي أو المعنوي غير المباشر ، وذلك بأن يقع الاكراه او الوعيد به ، على أحد والدى المكره ، أو كليهما أو ابنه أو زوجته ، أو ذى رحم محرم منه ، وهو معدم للرضا (١)

(١) المبسوط - جـ ٢٤ - ص ١٤٣ - ص ١٤٤ - الحطاب جـ ٤ ص ٢٥٠ - ص ٢٥١ - وجاء في المادة ٢٨٧ من مرشد الحيران أن " الاكراه بحبس الوالدين ، والاولاد وغيرهم من ذى رحم محرم ، أو بضربهم ، يعدم الرضا .

شروط الاكـراه :

قلنا ان الاكراه هو حمل الغير ، دون وجه حق ، بوسيلة مرهبـة على ابرام عقد ، دون رضاه (١) والحامل قادر على ايقاع ماهـدد به بحيث يحدث الرهبة فعلا في نفس المكـــــره .

وعلى ضوء هذا التعريف ، وما ورد فيه من محترزات ، يمكن ان تستنبط شروط الاكراه التي تحدد مناطه الذي يستتبع حكمه في الوقائع ، وهـو الخوف أو الرهبة ، ونوردها فيما يلي :

---

١) هذا ، وقد عرفته المجلة تعريفا عاما يشمل التصرفات الفعلية والقوليـة ، حيث نصت على أن الاكراه : " اجبار أحـــد على أن يعمل عمـلا بغير حـق ، من دون رضاه ، بالاخافة " مادة ١٤٨ والعمل يشمل التصرف القولي والفعلي .
أما صاحـب كشـف الاسرار ، فقد عرفـه بأنـــه " حمـل الغير على أمـر يمتنـع عنه ، بتخـويف ، يقدر الحامل علـى ايقاعـه ، ويصيـــر الغير خائفـا بــه ، فائـت الرضـا بالمباشرة " جـ ٤ ـ ص ١٥٠٢ وهذا التعريـــف فضـلا عـن عمومـــه ، يبدو أكثـر تفصيـــلا ، بما أورد فيه محتـــرزات ، تتضمـن شروطـه ، تحديدا لمناطــــه .

أولا : أن يكون الاكراه بغير وجه حق ، وقد انعقد الاجماع على هذا (١) ومنشأ حكم هذا الاكراه عصمة الغير ، في نفسه وماله ، كما قدمنا .

ثانيا : أن يكون المكرِه (بكسر الراء) قادرا على ايقاع ماهدد به وبغير ذلك لايحدث الاكراه " الرهبة " في نفس المكره ، اذ بها يتحقق مناط الاكراه ، ولو أقدم المكره على تنفيذ ما أكره عليه وهو يعلم أن المكره غير قادر على تنفيذ ماهدد به ، لايتحقق الاكراه ولا يستتبع بالتالي حكمه ، لانتفاء ما تحدث

---

(١) المهذب ج ١ ص ٢٥٧ الشرح الكبير للدردير ج ٣ ص ٦ _ الشرح الكبير لأبي الفرج ج ٤ ص ٥ _ جاء في الشرح الكبير للدردير في تقرير هذا الشرط بانصه : " أما لو أجبر على البيع ، جبرا حلالا كان البيع لازما ، كجبره على بيع الدار لتوسعة المسجد أو الطريق ، أو المقبرة ، ومن الجبر الحلال ، الجبر على البيع لأجل وفاء ماعليه من اخراج الحق " المرجع السابق .

ويقصد بالجبر الحلال ، ما كان بوجه حق ، ويشير الامام الدردير الى أن اساس كونه بوجه حق ، أن يكون اداء لحق الله تعالى ، مما يتعلق به مصلحة عامة مشروعة تقضي على الحق الفردى الخاص ، فيكره على أدائه قسرا ان لم يقم به اختيارا وطوعا ، أو اداء لحق شخصي ، يوجب العدل ايصاله الى مستحقه رغما عن المدين ، انما تعنت في الأداء مع كونه .

بـه الرهبـة (١) والخوف ٠

ثالثا : أن يغلب على ظن المكره ، أن المكره (بكسر الراء) القادر على ايقاع ماهدد به ، جادر في تهديده ، وأنه سيوقعه فعلا ، فان لم يساوره هذا الظن الغالب ، فلا يتحقق مناط الاكراه ، اذ غلبة الظن بذلك هي التي من شأنها أن ـ تحدث الرهبة في نفسه ٠

رابعا : أن تكون الوسيلة او الامر المكره به من شأنه أن يحدث ضررا مرهبا مخوفا ، سواء أكان ماديا او معنويا وهذه مسألـــة نسبية تختلف باختلاف حالات الاشخاص (٢) وأعمارهـــم

---

*) واجدا قادرا عليه ٠ هذا ، ولا يعتبر الاكراه بحق عـــذرا بل يلزم المتصرف بآثاره وفيه اشارة الى أن حكم الاكراه بغير حق هو عدم اللزوم ٠

١) المبسوط ـ جـ ٢٤ ـ ص ٣٩ ـ البدائع جـ ٧ ص ١٧٦ ـ الام جـ ٣ ص ٢١٠ ـ المهذب جـ ٢ ص ٧٨ المغني جـ ٨ ص ٢٦١ ٠

٢) وخالف في ذلك بعض الحنابلة ، حيث اشترطوا أن يكون الاكراه بدنيا فحسب ، ودون مراعاة لاختلاف احوال الناس ، وهو رأى ضعيف ، لما أشرنا من أن مناط الاكراه هو " الرهبة " وهذه قد تنشأ بغير الاكراه البدني ، ولا ريب أن الناس ـ في الواقع ـ متفاوتـــون من حيث الاستعداد النفسي لنشوء الرهبة ـ المغني جـ ٨ ص ٢٦١ ٠

ومنزلتهم فما يرهب المرأة قد لايرهب الرجل ، وما يرهب الشيخ قد لايرهب الشاب ، وما يخشاه العلماء وذوو المكانة ، قد لايكون له وزن في نفوس غيرهم من العامة ، وهكذا .

ولا يقتصر هذا بالبداهة على الوسائل التي تحدث ضررا بدنيا ، بل الاكراه النفسي أو المعنوى ، معتبر ايضا ، كما قدمنا ، اذ المناط هو الرهبة وهذا رهن باختلاف الاحوال والمكانة الاجتماعية عادة ، والحنفية قد أشاروا الى ذلك في ضبطهم لوسيلة الاكراه حيث قالوا : " كل مايجلب غما ، وينعدم به الرضا (١) " وهذا غير مقصور على الاكراه الحسي او البدني من الضرب والقتل ، والقطع ، وما اليه على أن ثمة ضابطا عاما يتسم بالموضوعية والمادية ، لا الذاتية ، للأمر المكره به ، وهو القتل أو بتر أحد الاعضاء او تعطيلها ، أو الضرب او التعذيب البدني الشديد الذى من شأنه أن يفضي الى ذلك ، فهذا مما يتحقق به مناط الاكراه بالنسبة للكافة ، قطعا وعلى هذا فلا يشترط في المكره (بكسر الراء) أن يكون بالغا ، عاقلا فلو كان صبيا ، أو مجنونا يتحقق منه الاكراه ، مادامت الوسيلة التي يهدد بها من شأنها أن تحدث الرهبة ، كالتهديد باطلاق النار من مسدس يحمله صبي ، أو معتوه .

ولا يشترط كذلك أن يكون الاكراه صادرا من السلطان ، أو الدولة ، على مايرى أبو حنيفة ، رحمه الله ، بل يتحقق الاكراه ولو كان صادرا من غيره ، كما يقول الصاحبان ، وهذا اختلاف عصر وزمان .

---

(١) المبسوط — جـ ٤ ص ٥٠

ولا يشترط أيضا أن يكون الامر المهدد بــه واقعـــا على المكـره مباشـرة ، بـل يكفـي في تحققـه أن يقـع على أحد والدى المكـره ، أو ابنائـه ، أو زوجتـه أو ذى رحـم محـرم منـه كما بينـا .

ونكتفـي بهذا القدر ، واللـه ولـي التوفيـق .

---

(١) تبيين الحقائـق ــ جـ ٥ ــ ص ١٨٢

الاشباه والنظائر ــ ص ١٨٢ ــ للسيوطـي .



صدر بإشراف لجنة الانجاز

سعر المبيع للطالب ١٥٠ ل.س